

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**  
**SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

**MARCUS VINÍCIUS MACHADO**

**O PAPEL DOS CREDORES NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

**CURITIBA**

**2008**

**MARCUS VINÍCIUS MACHADO**

**O PAPEL DOS CREDORES NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Edson Isfer

**CURITIBA**

**2008**

## **RESUMO**

O instituto da concordata, além de contraditório, era contraproducente quanto às recentes demandas sócio-econômicas. O advento da lei 11.101/2005 determinou uma base principiológica dirigida à obtenção de resultados econômicos e sociais, a serem atingidos por meio de um sistema negocial restrito por dispositivos legais. Ante a inexistência de hierarquia entre os princípios, a preservação da empresa não seria uma norma absoluta capaz de mitigar seus pares. A opção pelo sistema negocial foi determinante para se atribuir o papel decisório aos credores, que – observadas a transparência e participatividade no procedimento - deverá influenciar positivamente na fiscalização e incentivo ao crédito, bem como na vedação de externalidades negativas. A atuação dos credores, entretanto, poderá se sujeitar a uma análise supletiva por parte do Ministério Público e do Poder Judiciário em determinadas ocasiões.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>1</b>
<b>1 O SISTEMA FALIMENTAR SOB A ÉGIDE DO DECRETO-LEI 7.661/45 .....</b>	<b>4</b>
1.1 CONTEXTO DE ELABORAÇÃO DO DECRETO-LEI 7.661/45.....	4
1.1.1 Período Histórico Mundial.....	4
1.1.2 Período Histórico brasileiro.....	6
1.1.3 Lacunas do Decreto-lei 7.661/45 frente seu período de elaboração. ....	8
1.2 O INSTITUTO DA CONCORDATA.....	9
1.3 NECESSIDADE DE UMA NOVA LEGISLAÇÃO FALIMENTAR.....	11
1.3.1 Direito da Crise Econômica da Empresa.....	12
1.3.2 Direito Falimentar no Brasil .....	13
<b>2 O SISTEMA FALIMENTAR IMPLEMENTADO PELA LEI 11.101/2005... ..</b>	<b>18</b>
2.1 O PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR 71/03 .....	18
2.2 OS OBJETIVOS E DIRETRIZES DA LEI 11.101/2005.....	20
2.2.1 Objetivos da Lei de Recuperação de Empresas.....	20
2.2.2 Estrutura da Lei de Recuperação de Empresas. ....	21
2.2.3 Os interesses albergados pela Lei de Recuperação de Empresas. ....	23
2.3 O SISTEMA PRINCIPIOLÓGICO DA LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS. ....	26
2.3.1 Princípio da Preservação da Empresa. ....	28
2.3.2 O princípio da separação dos conceitos de empresa e empresário. ....	32
2.3.3 O princípio da recuperação de sociedades e empresários recuperáveis. .	33
2.3.4 O princípio da retirada do mercado de sociedades e empresários inviáveis.....	35
2.3.5 O princípio da proteção dos trabalhadores.....	36
2.3.6 O princípio da redução do custo do crédito. ....	38
2.3.7 Os princípios da celeridade e eficiência dos processos judiciais.....	39
2.3.8 O princípio da segurança jurídica. ....	41

2.3.9	O princípio da maximização dos ativos do falido.....	41
2.3.10	O princípio da desburocratização da recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte.....	42
2.3.11	O princípio do rigor na punição de crimes relacionados à falência e à recuperação judicial.....	43
2.3.12	O princípio da participação ativa dos credores.....	43
<b>3</b>	<b>A ATUAÇÃO DOS CREDITORES NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....</b>	<b>46</b>
3.1	ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....	46
3.1.1	O enfoque da Análise Econômica do Direito atribuído por Coase.....	47
3.1.2	A formulação de um enfoque da análise econômica do direito mais adequado aos limites metodológicos da ciência jurídica.....	48
3.1.3	A pertinência da utilização de instrumentos econômicos para a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. ....	50
3.2	A DESVINCULAÇÃO DO AUTO-INTERESSE COMO PROPÓSITO ÚNICO DA ATUAÇÃO RACIONAL. A CONTRIBUIÇÃO DE AMARTYA SEN.....	53
3.2.1	Abordagem engenheira e abordagem ética da Economia.....	53
3.2.2	O comportamento econômico racional e o comportamento auto-interessado.....	56
3.2.3	Atuação racional em grupos. ....	59
3.3	A MITIGAÇÃO DO PROPALADO CONFLITO ENTRE OS PRINCÍPIOS DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E DA PARTICIPAÇÃO DOS CREDITORES COMO ÓBICE A RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ....	62
3.4	OS CREDITORES COMO PRINCIPAIS ATORES DO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	64
3.4.1	As razões para atribuição desta função aos credores.....	67
3.4.2	Aspectos gerais acerca da Assembléia Geral de Credores e ponderações ao poder de voto dos credores. ....	71
3.4.2.1	Vícios do voto. ....	73
3.4.2.2	Vícios das deliberações.....	75

3.4.2.3 Vícios da Assembléia. ....	75
3.4.2.4 Considerações gerais. ....	76
3.4.3 Atuação do Poder Judiciário e do Ministério Público. ....	77
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>82</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>86</b>

## INTRODUÇÃO

Através de um voo rasante pelo trabalho que a sucede, esta introdução tem o singelo propósito de familiarizar o leitor aos elementos que surgirão no decorrer do texto. Este estudo é composto de três grandes partes, que se subdividem nas ramificações necessárias para a boa compreensão do assunto; iniciamos por um estudo histórico da legislação falimentar revogada, adentrando em um segundo momento na estrutura principiológica da Nova lei de Falências e Recuperação de Empresas para finalmente chegarmos na atuação dos credores no procedimento de recuperação judicial de empresas.

Sem mais delongas; parafraseando Victor Hugo, se *“nada é tão irresistível quanto a força de uma idéia cujo tempo chegou”*, o advento do Século XXI demonstra que o sistema falimentar pautado no sexagenário Decreto-lei 7.661/45 não podia mais perdurar. Nesta toada, o incurso do primeiro capítulo tem o propósito de delinear as razões histórico-científicas que condicionaram o descolamento da legislação revogada às necessidades sócio-econômicas, e, por conseguinte, determinaram a ineficiência prática dos institutos que criara.

No decorrer da parte inicial demonstraremos ao leitor que a legislação da década de 40 sequer passa em seu primeiro grande teste de efetividade, sintetizado no choque efêmero sofrido pela Economia Brasileira nos anos de 54 e 55, quando o então Ministro da Fazenda Eugênio Gudin tentava segurar as rédeas da economia nacional por meio de uma política econômica ortodoxa. Antes que pensemos que o tempo é aliado da maturidade, e que o sistema falimentar só teria a ganhar com o passar dos anos, os dados empíricos surgem para demonstrar que apenas 20% das sociedades concordatárias logravam êxito em seus propósitos, enquanto que o tempo médio de encerramento de uma falência girava em torno de 12 anos; quanto à legislação falimentar contemporânea a Conferência de Bretton Woods, portanto, o tempo serviu apenas para referendar o constatado em 54: nossa lei falimentar, por ter nascido em um momento de fervilhantes alterações no plano sócio-econômico, era insuficiente desde sua origem.

Se a ciência jurídica e o plano social já apresentavam incompatibilidades com o Decreto-lei 7.661/45 desde a sua criação, a chegada do Século XXI apenas sacramenta o que há tanto se esperava; a idéia de uma legislação que proporcionasse a Recuperação de Empresas viáveis não podia mais esperar.

Adentrando na Nova lei de Falências e Recuperação de Empresas, o segundo capítulo aborda o novo texto falimentar sob um prisma eminentemente principiológico, visando, através de uma análise dos objetivos, estrutura e interesses albergados pela legislação, propiciar condições para que o leitor vislumbre a Lei 11.101/2005 da forma idealizada pelo legislador. Entretanto, a abordagem do segundo capítulo não se exaure nos pontos acima delineados, à medida que também parte para a análise singularizada de cada um dos doze princípios que orquestram o novo sistema falimentar nacional.

Neste mister, o segundo capítulo se propõe a demonstrar o significado dos princípios que aborda, imiscuindo-se na observância destes sob as perspectivas legal e jurisprudencial. Tendo como pressuposto a ausência de uma força argumentativa prévia por parte de qualquer dos princípios estabelecidos na nova lei, outro objetivo da segunda parte deste trabalho reside na demonstração do meio hábil a solucionar eventuais conflitos principiológicos, respeitado o postulado de que a preservação da empresa não é um princípio absoluto.

A invasão ao terceiro capítulo será proposta ao leitor mediante os instrumentos disponibilizados pela atual compreensão da análise econômica do direito; evitando incorrer no erro de se utilizar de premissas da AED que ignorem os limites científicos da ciência jurídica, instigar-se-á o interlocutor a compreender a lei 11.101/05 à luz de determinados conceitos econômicos.

Uma vez imersos na terceira parte, serão apresentados os estudos de Amartya Sen (prêmio Nobel de Economia em 1998), no sentido de que a escolha racional dos agentes econômicos não se resume na busca por interesses egoísticos, e que a atuação de indivíduos imersos em determinado grupo revela uma tendência de – observados alguns requisitos – se compor uma identidade entre o singular e o coletivo. Destarte, através da composição de um ente deliberativo que respeite as condicionantes de transparência, informação e



participação dos credores, pode-se maximizar as possibilidades de se obter uma resposta favorável ao pedido de recuperação judicial formulado pelo empresário em dificuldades.

Como corolário do consignado no início da terceira parte deste trabalho, seguem-se ponderações acerca da mitigação do conflito entre os princípios da preservação da empresa e da participação dos credores, anunciado por parcela da doutrina como óbice intransponível à recuperação judicial. Não bastando o que se firma até a metade do último capítulo, e antes que o leitor questione acerca da ausência de correlação entre o título e o conteúdo da obra, adentramos finalmente na análise da atuação dos credores no processo de recuperação judicial, apresentando as razões que justificam a atribuição deste papel a eles, sem olvidar de conjecturas acerca do papel supletivo do Ministério Público e do Poder Judiciário quando evidenciado o exercício desvirtuado do *munus* pelos credores.

## 1 O SISTEMA FALIMENTAR SOB A ÉGIDE DO DECRETO-LEI 7.661/45

### 1.1 CONTEXTO DE ELABORAÇÃO DO DECRETO-LEI 7.661/45

O direito falimentar brasileiro, até a edição da nova lei de falências era regido pelo Decreto-lei 7.661, de 21.06.1945, elaborado em um período histórico de profundas alterações sócio-econômicas tanto no âmbito nacional como mundial. Esta lei substituíra o Decreto 5.746/29, que praticamente repetia as disposições de sua lei anterior, de número 2.024/1908, a cuja vigência foi atribuída a disseminação de uma “indústria das falências”<sup>1</sup>.

O procedimento delineado no Decreto-lei 7.661/45 determinava uma dupla fase, de investigação da vida econômica do falido e de posterior solução patrimonial da falência, objetivando uma maior fiscalização às quebras fraudulentas; remanescia a conotação punitiva da falência. Tendo como um de seus pressupostos a adequação aos Códigos Penal, Processual Civil, Processual Penal e a Consolidação das Leis do Trabalho, subseqüentes a legislação falimentar vigente até então, o Decreto-lei 7.661/45 criou institutos jurídicos condizentes com seu contexto.

#### 1.1.1 Período Histórico Mundial.

No âmbito mundial, após a primeira grande guerra, o início do século XX é marcado por dois fatos em especial: a crise de 1929 e a segunda guerra mundial, os quais, em conjunto, determinaram a composição da nova ordem econômica mundial.

A crise de 1929 demarca o término de um período de grande prosperidade nos Estados Unidos, e tem como seu elemento determinante a redução da demanda européia por produtos norte-americanos em razão da reconstrução

---

<sup>1</sup> A referida “indústria das falências” proliferava o processo de enriquecimento ilícito por meio de quebras fraudulentas. ver em: MARCONDES FILHO, Alexandre. *Exposição de motivos do anteprojeto da lei de falências* in VALVERDE, Trajano Miranda. *Comentários à lei de falências*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense. vol. IV. p. 268.

produtiva do “velho mundo” após a primeira grande guerra. Objetivando a superação da crise de superprodução, a qual determinou a quebra de cerca de 5000 instituições financeiras e inúmeras outras sociedades empresárias, o governo norte-americano adota a política do “New Deal”, inspirada na teoria keynesiana de intervencionismo estatal. A citação de Hobsbawm descreve sinteticamente a opção por esta nova política econômica: “*A grande depressão destruiu o liberalismo econômico por meio século*”.<sup>2</sup>

Surge então a aceção de um Estado preocupado com a Economia, quer em seu plano macro, quer microeconômico, onde se encontra o instituto da falência.

Não obstante os esforços engendrados com base na teoria de John Maynard Keynes, a crise de 1929 só estaria definitivamente superada após o conflito mais sangrento da história. Com efeito, a segunda guerra mundial instaurou um novo plano político e econômico internacional, além de consolidar os Estados Unidos da América, que só interveio no final do conflito, como a primeira economia do mundo. Assumindo seu novo papel frente à economia mundial, o EUA destrincha seu modelo de influência política através do Plano Marshall, o qual destina cerca de 17 bilhões de dólares para a recuperação dos países europeus assolados no conflito; a partir de então se consolida uma nova ordem capitalista, respaldada pela figura do Estado do bem estar social.

Com efeito, a representação deste novo posicionamento pode ser sintetizada pelas características delineadas na Conferência de Bretton Woods (julho de 1944), a qual surge com o propósito de equacionar a instabilidade monetária e financeira experimentada neste período. No intuito de atingir referido objetivo, a Conferência de Bretton Woods determina as seguintes medidas:

Paridade dólar-ouro.

Baixo nível de flutuação das moedas internacionais.

Restrita movimentação financeira internacional.

Criação do FMI, no papel de prestador internacional de última instância.

---

<sup>2</sup> HOBBSAWN, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 99

Criação do BIRD, com a função inicial de administração dos recursos destinados ao Plano Marshall.

A contemporaneidade do Decreto-lei 7.661/45 a Conferência de Bretton Woods talvez seja mais que uma mera coincidência, quiçá uma tentativa de adequar o Brasil aos fatores ali esboçados. Com o advento desta nova ordem mundial, os empréstimos internacionais foram facilitados e o capital estrangeiro passa a entrar em nosso país por meio de empresas multinacionais.

### 1.1.2 Período Histórico brasileiro.

Se o plano internacional era agitado, o contexto nacional não era menos intrigante; o início do século XX no Brasil é caracterizado pelo Plano de Substituição de Importações, bem como pela nova feição adotada pelo Estado brasileiro.

Inicialmente, por uma certa dose de inércia, o século XX mantém o sistema produtivo agro-exportador centralizado na produção cafeeira, o qual perdura até a grande depressão, vista como o momento de ruptura com o modelo primário exportador<sup>3</sup>. Apenas com a revolução de 30, e a relativa superação da república do café-com-leite, nosso país lança as bases para o subsequente desenvolvimento industrial.

Sob o governo getulista o Estado assume uma feição mais diretiva, influenciando positivamente o crescimento econômico através de gastos elevados e de uma política cambial favorável às exportações. No entanto, a insatisfação de Getúlio quanto às restrições ao exercício do cargo presidencial o leva a instaurar uma espécie de ditadura, dando início ao período conhecido como “Estado Novo” (1937-1945). Este novo posicionamento estatal, em conjunto com as conseqüências advindas da segunda grande guerra, culmina com a implementação de uma base industrial que, apesar de peculiarmente restrita<sup>4</sup>, já propiciava um positivo efeito multiplicador interno.

---

<sup>3</sup> TAVARES, Maria Conceição. *Acumulação de capital e industrialização no Brasil*. Rio de Janeiro: Mimeo., 1975; Idem, *Ciclo e crise: o movimento recente da industrialização brasileira*. Rio de Janeiro: Mimeo., 1978.

<sup>4</sup> CARDOSO DE MELLO, João Manuel. *O capitalismo tardio*. São Paulo: Brasiliense, 1982.

A bonança econômica era intensificada pela composição de um mercado consumidor interno, bem como pelo Programa de Substituição das Importações (1930-1970), o qual determinava uma reversão do ciclo de importações e, conseqüentemente, a possibilidade de criação de renda nos lindes de nosso território. Celso Furtado, em *Formação Econômica do Brasil* constata que “a indústria brasileira saiu fortalecida do choque adverso que foi a grande depressão”.<sup>5</sup>

Dando uma seqüência histórica linear à exposição do período em discussão, não se pode olvidar da perspectiva brasileira acerca do maior conflito bélico da história.

A interferência do Brasil na segunda guerra mundial se dá de forma limitada, de modo a proporcionar que o país desenvolva uma taxa média de crescimento de 9,9% entre os anos de 42 e 45. Apesar de afeiçoado ao modelo de Estado defendido pelos nazistas, o governo de Getúlio acaba por aderir ao grupo dos “aliados” em razão de incentivos econômicos cedidos pelo EUA<sup>6</sup>, bem como por fatos um tanto quanto obscuros (supostos ataques por navios alemães). A aproximação aos “aliados” favorece economicamente nosso país, além de disseminar a ideologia da nova ordem capitalista no espaço nacional. É patente, enfim, a positividade deste conflito sobre o Estado brasileiro.

Já no primeiro decênio do Decreto-lei 7.661/45, entretanto, surge o primeiro grande desafio ao novo sistema falimentar. Com o advento de uma política econômica ortodoxa implementada pelo então Ministro da Fazenda do governo Café Filho (1954-1955), Eugênio Gudín, inúmeros pedidos de falências e concordatas são registrados. Apesar da transitoriedade da crise<sup>7</sup>, pode-se dizer que o sistema falimentar então vigente não disponibilizou o instrumental necessário ao atendimento das plausíveis expectativas de superação de um choque adverso efêmero na Economia nacional.

---

<sup>5</sup> FURTADO, Celso. *Formação Econômica do Brasil*. 8ª. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1968. p. 70.

<sup>6</sup> A implantação da CSN foi um dos benefícios decorrentes desta opção militar estratégica.

<sup>7</sup> A substituição de Gudín por José Maria Whitaker no cargo de Ministro da Fazenda, e a conseqüente alteração radical da diretiva econômica, minimizou a crise que se instaurava no âmbito nacional.

### 1.1.3 Lacunas do Decreto-lei 7.661/45 frente seu período de elaboração.

Não obstante o contexto sócio-econômico do período pós-guerra apresentar uma grande medida de bucolismo quando visto à luz do capitalismo experimentado atualmente, pode-se afirmar que a superação da segunda guerra mundial acarretou um grande desenvolvimento dos institutos jurídicos e econômicos existentes à época. As fervilhantes evoluções em todos os planos do conhecimento humano, porém, não foram recepcionadas em sua integralidade pelo texto do Decreto-lei 7.661/45, que já nasce descolado de seu contexto histórico. Segundo Nelson Abrão<sup>8</sup>, quando da elaboração da nossa antiga lei de falências, já havia concepções de preservação da empresa e de personificação da sociedade, institutos que infelizmente não foram recepcionados pelo texto anterior.

O contexto de rápidas alterações condiciona nossa legislação a já nascer defasada, não podendo corresponder às demandas econômicas sequer de seu decênio subsequente, quem dirá às demandas atuais. Sob a égide do Decreto-lei 7.661/45, o dualismo pendular deixa de pender para o lado do credor, uma vez que há um reforço do poder do juiz em detrimento daqueles. Com efeito, a instauração deste diploma implica na extinção da assembléia de credores (criada em 1850 no nosso ordenamento jurídico) e atribui uma nova face ao instituto da concordata, que passa a depender, em linhas gerais, simplesmente da autorização judicial. Não obstante, ainda é possível identificar uma certa medida de favorecimento aos credores, evidenciada pela orientação meramente processual, desapegada de qualquer função sócio-econômica, e que delineava um procedimento falimentar instrumentalizado ao pagamento dos credores; esta feição é notada também no instituto da concordata, objeto da próxima seção deste trabalho.

---

<sup>8</sup> ABRÃO, Nelson. *O novo direito falimentar*. São Paulo: RT, 1985.

## 1.2 O INSTITUTO DA CONCORDATA

O instituto da concordata surge com o objetivo inicial de viabilizar uma concordância entre devedor e credores, de modo a proporcionar a satisfação dos créditos em um período de tempo dilatado. Em seus fundamentos, a concordata apresentava-se com o propósito louvável de evitar a infâmia decorrente da pecha de “falido” imputada ao empresário, bem como de viabilizar uma maior satisfação creditícia, quando comparado ao que seria recebido no processo falimentar.

Nem todos seus propósitos eram louváveis, entretanto. Ao invés de intentar a manutenção da fonte produtiva, representada microeconomicamente pela figura do devedor com possibilidades de recuperação, a concordata objetivava simplesmente procedimentalizar um instrumento que maximizasse o recebimento dos créditos, independentemente da sorte da concordatária. A atribuição do cargo de comissário da concordata ao maior credor demonstra a falta de interesse na preservação da sociedade concordatária.

Ao albergar apenas os créditos quirografários, a concordata apresentou-se como instrumento útil a uma restrita parcela de sociedades, uma vez que a grande maioria tinha seus débitos atrelados a garantias reais. Seu objeto restrito não garantia sucesso a seus aderentes, porém; não é à toa que apenas 20% das sociedades que pediam concordata logravam êxito na manutenção da sua atividade empresarial.

Se em seus fundamentos já não era de todo aceitável, em sua aplicação, o instituto da concordata acabou por apresentar uma feição ainda mais negativa, sendo utilizado como *“instrumento de perfídia e fraude dos empresários inescrupulosos”*<sup>9</sup>. Em sua acepção prática, este instituto apresentava-se como um favor legal concedido pelo Estado às sociedades que preenchessem os requisitos dispostos em lei. Tendo em vista a dispensa de anuência do credor, Pontes de Miranda relata não haver mais sentido na expressão concordata, cuja etimologia estava originariamente relacionada ao ato de concordar<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v.1. p. 248.

<sup>10</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3. ed. São Paulo: RT, 1984. v. 38.

Neste contexto, apesar de bem redigida textualmente, nossa lei de falências servia ao propósito único do empresário mal intencionado, o qual se valia do instituto da concordata, quer em sua forma preventiva, quer suspensiva, para ocultar bens, desviar recursos ou simplesmente desaparecer. Sequer o propósito de maximização da satisfação creditícia, por mais questionado que fosse, era atingido, já que após a superação da concordata a sociedade geralmente adentrava em um procedimento falimentar com recursos mais escassos<sup>11</sup>.

A concordata era um instituto contraditório; se na teoria deveria beneficiar os credores, na prática beneficiava apenas os devedores mal intencionados.

Dentre as razões delineadas por Jorge Lobo como concorrentes para o fracasso da concordata, as seguintes parecem ter contribuído de forma mais efetiva:

- (i) *Limitação do instituto aos credores quirografários.*
- (ii) *Privilégio aos créditos fiscais, os quais não eram arrolados na concordata*<sup>12</sup>.
- (iii) *Atribuição do cargo de comissário ao maior credor* (LOBO, 1999, p. 233)<sup>13</sup>.

Cotejando a ineficiência prática do instituto com as demandas sócio-econômicas insurgentes na ordem capitalista contemporânea, países como Estados Unidos, França, Espanha, dentre outros, repensam a “crise da empresa” em busca de novas soluções. Neste contexto surge também a preocupação quanto à eficiência do Decreto-lei 7.661/45, como se verifica na próxima seção.

---

<sup>11</sup> MARCONDES FILHO, Alexandre. *op. cit.* p. 268.

<sup>12</sup> Os créditos fiscais, geralmente muito elevados, não eram abrangidos pela concordata. A cobrança destes créditos reduzia o capital de giro a um montante que inviabilizava a recuperação da concordatária.

<sup>13</sup> LOBO, Jorge Joaquim. *Direito Concursal: direito concursal contemporâneo, acordo pré-concursal, concordata preventiva, concordata suspensiva, estudos de direito concursal*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 233.



### 1.3 NECESSIDADE DE UMA NOVA LEGISLAÇÃO FALIMENTAR

As intensas alterações sócio-econômicas promovidas no período pós-guerra tornaram rapidamente defasados os textos falimentares que sucediam imediatamente o conflito. As céleres alterações econômicas repercutiam sobre o enfoque do crédito como uma mera relação obrigacional, sobre a necessidade de se buscarem soluções consoantes com a lógica de mercado e sobre a compreensão da empresa como um fenômeno polimorfo. Em sua obra *Problemas Jurídicos da Macro-Empresa*, o professor Fábio Konder Comparato constata a perda da falência quanto sua função de instrumento de discriminação entre empresários capazes e incapazes<sup>14</sup>.

Das palavras de Rubens Requião evidencia-se a necessidade de um novo texto legal: *“Percebeu-se na lei de falências o diploma que mais rapidamente se desgasta em confronto com a realidade dos fatos.”*<sup>15</sup>

É neste plano que países como Áustria, EUA, França, Inglaterra, Itália, Alemanha, Portugal e Espanha promulgam novas legislações falimentares, consoantes com os princípios da transparência / previsibilidade creditícia, preservação da empresa, celeridade, separação nítida entre homem (titular da empresa) e sociedade empresária e regulamentação dos confrontos de grandes multinacionais por mercados vulneráveis.

Exemplificando as novas diretivas adotadas, verifica-se na lei alemã de 1985 a abolição de privilégios, bem como a relevância dada a manutenção da empresa *“importante e relevante”*, assim definida pelo próprio juiz, com base na potencialidade e competência daquela; na lei francesa, de 1985, são enfatizados os poderes do juiz e do Ministério Público, em detrimento dos poderes da Assembléia de Credores, que sequer é mencionada; em Portugal, o Decreto-lei 177/86 identifica a empresa como um ente decisivo para o desenvolvimento da economia regional; na Espanha, a lei 22/2003 unifica o procedimento falimentar

---

<sup>14</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Problemas Jurídicos da Macroempresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

<sup>15</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v.1. p. 11.

para empresários e não empresários, determina soluções entre conflitos de competência do juízo falimentar em nível internacional e objetiva a continuidade do negócio<sup>16</sup>.

Destas características, depreende-se que, apesar de também objetivar o pagamento dos credores, o meio dispensado para tanto é alterado, de modo a possibilitar a manutenção da sociedade devedora. O direito passa a se preocupar com a superação da crise econômica da empresa, quando possível.

### 1.3.1 Direito da Crise Econômica da Empresa.

Com a superação do maior conflito bélico da história, inicia-se a preocupação das legislações falimentares em atender as demandas sócio-econômicas insurgentes; já em sua exposição de motivos, a lei de falências previa que: “o pós-guerra iminente submeterá cada empresa comercial a um teste de vitalidade”<sup>17</sup>. Atrelada a tais demandas está a figura do Estado do bem-estar social, que rompe com o liberalismo de Adam Smith para aderir à teoria de John Maynard Keynes; referida matriz teórica teve o mérito de conferir o instrumental necessário para a superação da crise de 1929 (*New Deal*).

Incumbido dos papéis de parceiro econômico, fomentador da economia, regulador do mercado e alocador de recursos<sup>18</sup>, o órgão estatal assume também a tarefa de proteção das empresas viáveis, desde que estas apresentem uma contrapartida positiva em termos sociais. A proteção ao ente empresarial é pertinente, na medida em que possibilita o resguardo de múltiplos interesses, de ordem econômica, sociológica e jurídica.

No embalo deste novo posicionamento estatal, o Direito Falimentar pensado na década de 40 torna-se defasado, e sua fundamentação, de atribuir benefícios ora aos credores, ora ao devedor, é superada. Com efeito, a preocupação do Estado com as agressões sociais e econômicas advindas de uma quebra evitável, motivou a instauração de institutos jurídicos hábeis a

---

<sup>16</sup> LOBO, Jorge Joaquim. *op. cit.* p. 252

<sup>17</sup> MARCONDES FILHO, Alexandre. *op. cit.* p. 268.

<sup>18</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O novo papel do Estado na Economia*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 99-120.

salvaguardar a empresa econômica e financeiramente viável, o que altera a concepção de que o Direito Concursal teria um caráter punitivo e exclusivamente dirigido à satisfação dos credores, independente da sorte da devedora de boa-fé<sup>19</sup>.

O novo enfoque da atividade empresarial, agora vista sob a luz de suas condicionantes sociais e macroeconômicas, dá ensejo ao chamado “Direito da crise econômica da empresa”, conforme magistério de Bavetta<sup>20</sup>. Na perspectiva do “Direito da crise econômica da empresa” a sociedade empresária passa a ser considerada como um sujeito imerso em inúmeros fatores sócio-econômicos, tendo também o condão de dirigir alterações neste contexto. O foco do Direito Concursal, portanto, desloca-se da preocupação com o dualismo pendular para atingir a proteção dos interesses sócio-econômicos.

Dada a incapacidade do Direito Falimentar em “*prever e regular a multiplicidade de causas, relações e efeitos decorrentes da quebra da empresa*”<sup>21</sup>, os juristas são instados a desenvolver sistemas falimentares mais consentâneos com seu período histórico. A repercussão destas diretrizes não se ateve aos limites dos países de primeiro mundo, como se evidencia na análise da perspectiva nacional.

### 1.3.2 Direito Falimentar no Brasil

Com respaldo na nova compreensão do Direito Falimentar pautada no direito comparado, na superação das condicionantes históricas da década de 40, na evolução dos diversos ramos jurídicos atrelados ao sistema falimentar e na nova Ordem Econômica delineada na Constituição Federal de 1988, o sistema jurídico nacional passa a demandar uma nova legislação atinente à matéria de falências.

---

<sup>19</sup> A experiência recente demonstra que tanto a proteção excessiva ao devedor quanto ao credor é prejudicial a qualquer sistema falimentar que se proponha a uma solução justa em termos sócio-econômicos.

<sup>20</sup> BAVETTA, Giuseppe. *Il Diritto dell'Impresa in Crisi*, in revista *Il Diritto Fallimentare*. Milão: Casa Editrice Dott, vol. LXIII, p. 351-364.

<sup>21</sup> LOBO, Jorge Joaquim. *op. cit.* p.33.

Pede-se licença ao leitor para que neste momento do trabalho enfatizemos apenas os dois últimos elementos delineados no parágrafo anterior, dado que os elementos iniciais foram abordados no início da exposição.

Sob uma análise comparativa com outros ramos jurídicos mais evoluídos no contexto nacional, diversos fatores concorriam para a inadequação do Decreto-lei 7.661/45, sendo o principal deles a deficiência procedimental. Além de apresentar institutos inócuos a propiciar a continuidade do negócio em crise, o processo falimentar despendia um tempo médio de 12 anos para ser encerrado, enquanto legislações como a japonesa e a argentina demandavam 6 meses e 2,8 anos, respectivamente. Ainda dentre as considerações de ordem processual, ressaltam-se a ineficácia, a falta de transparência e a ilogicidade de um modelo de habilitação de crédito que algumas vezes se estendia por um período de tempo mais longo que a própria falência.

A finalidade precípua do instituto da falência, compreendido como a *ultima ratio*<sup>22</sup> para uma empresa em crise, era confundida com um mero processo de cobrança de créditos<sup>23</sup>.

Com respaldo na doutrina e nas legislações falimentares emanadas em outros países, Jorge Lobo destrincha algumas tendências a serem seguidas pelo direito falimentar contemporâneo, a saber:

- (i) *Caráter publicístico.*
- (ii) *A função social da empresa*
- (iii) *O equilíbrio entre Direito e Economia.*
- (iv) *O equilíbrio entre tradição e inovação.*
- (v) *A recuperação como meta; a liquidação como alternativa.*
- (vi) *A recuperação da empresa e os interesses dos credores e da coletividade.*
- (vii) *Eliminação do dualismo falência / concordata.*
- (viii) *Celeridade no trâmite processual.*

<sup>22</sup> SERRA, Catarina. *O novo regime português da insolvência – Uma introdução*. 2ª ed. Almedina: Coimbra, 2007.

<sup>23</sup> ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F.C. Salles de (coords.). *Comentários à lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2005.

(ix) *Procedimentos preliminares à quebra da empresa.*

(x) *Abolição dos privilégios creditícios.*

(xi) *Preservação do emprego.* (LOBO, 1999, p. 248)<sup>24</sup>.

Estas características refletem também as demandas decorrentes da evolução dos diversos ramos jurídicos no direito brasileiro. Por abranger inúmeros interesses e atribuições, uma lei de falência deve ser absorvente<sup>25</sup>, o que justifica a reflexão da evolução de institutos dos direitos comercial, processual, constitucional e penal sobre o sistema de quebras.

Com o advento da Constituição de 1988 e a conseqüente recepção de princípios econômicos consoantes com a realidade social, constata-se a necessidade de um texto infralegal inspirado nos dispositivos constitucionais para se manter a coerência interna do sistema jurídico. A ordem econômica da Constituição de 1988, definida por Eros Roberto Grau<sup>26</sup> como um neoliberalismo pautado na dignidade da pessoa humana, traz em seu bojo uma clara opção pelo sistema capitalista dirigido ao modelo de bem-estar social. Dentre os princípios regentes deste *neoliberalismo pautado na dignidade da pessoa humana*, delineados no artigo 170 da Constituição Federal, destacam-se os seguintes: (i) soberania nacional, (ii) função social da propriedade, (iii) livre concorrência e (iv) pleno emprego, além do princípio da livre iniciativa, disposto no parágrafo único do mesmo artigo. Conforme escólio de Eros Grau ainda, a Constituição de 1988 não pode ser definida como intervencionista, mas sim como *afetada pela atuação estatal em relação ao processo econômico*<sup>27</sup>.

Em cotejo com as novas tendências do direito comercial, a lei de falências apresentava pontuais incompatibilidades, dentre as quais, Rubens Requião<sup>28</sup> enfatiza a ausência de mecanismos hábeis a garantir a sobrevivência da empresa e a necessidade de personificação da pessoa jurídica, uma vez que o resquício da falência como ato punitivo atingiria também o patrimônio dos sócios, dado que

<sup>24</sup> LOBO, Jorge Joaquim. *op. cit.* p. 248.

<sup>25</sup> MARCONDES FILHO, Alexandre. *op. cit.* p. 268.

<sup>26</sup> GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)*. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros.

<sup>27</sup> *Idem. Ibidem.* p. 267.

<sup>28</sup> REQUIÃO, Rubens. *op. cit.* p. 56.

nesta acepção “*falliti sunt fraudatores*”. Waldo Fazzio Jr. ainda lembra a incompatibilidade do Decreto-lei 7.661/45 com o fenômeno polimorfo da empresa e com a atual compreensão do crédito como um meio capaz de impulsionar a atividade empresarial<sup>29</sup>.

Ao tratar dos crimes falimentares, o Decreto-lei 7.661/45 era criticável no disposto em seu artigo 111, o qual determinava que “*o recebimento da denúncia ou da queixa obstará, até sentença penal definitiva, a concordata suspensiva da falência*”<sup>30</sup>. Como lembra Rubens Requião, este dispositivo extrapolava o princípio de que a pena não pode ultrapassar a pessoa do criminoso, vindo a prejudicar credores e outros sócios não envolvidos no ato delituoso<sup>31</sup>. Ressalte-se também a exigüidade do prazo prescricional das condutas penais tipificadas, que acarretava na inviabilidade prática de punições aos crimes falimentares.

A inadequação do Direito Falimentar ao cenário econômico era ainda mais evidente, dada a dinamicidade das relações econômicas e suas respectivas alterações. Se no âmbito microeconômico constatou-se a alteração dos arranjos societários, a dispensa de estrutura física pelas empresas, a fluidez das relações contratuais e a alteração das formas de garantia, o âmbito macroeconômico não se apresentava menos complexo. O fenômeno da moderna compreensão do crédito, a insurgência de grandes corporações internacionais, os choques do petróleo, a adoção de políticas econômicas ortodoxas, o fenômeno da hiperinflação, a elevação do preço das *commodities* e a constituição de blocos econômicos com suas respectivas imbricações no direito concorrencial contribuíram para o descompasso da lei de falências com o contexto sócio-econômico mais atual.

Inspirados na experiência estrangeira, na nova Ordem Econômica, bem como na constatada ineficiência do sistema falimentar anterior, inúmeros doutrinadores propõem a alteração da legislação vigente. O novo sistema

---

<sup>29</sup> FAZZIO JR, Waldo. *Nova lei de falência e recuperação de empresas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 17.

<sup>30</sup> BRASIL. Decreto-lei 7.661, de 21 de junho de 1945. Lei de falências – revogada pela lei 11.101/2005.

<sup>31</sup> REQUIÃO. Rubens. *op. cit.*

falimentar deveria coadunar-se às novas tendências mundiais e adequar-se aos princípios vigentes.

Parafraseando Victor Hugo, se “*nada é tão irresistível quanto a força de uma idéia cujo tempo chegou*”, a legislação sexagenária não poderia perdurar ante os anseios por novas soluções a situação de crise empresarial. Como se constata, não havia outra solução mais coerente com as necessidades econômicas de nosso país que não a emanação de um novo sistema falimentar, que respeitasse os princípios desenvolvidos no direito comparado e se adequasse aos institutos desenvolvidos em outros ramos do direito. O propósito do novo texto legal não deve ser o de exaurir as possibilidades da matéria falimentar, mas de possibilitar sua constante adequação ao âmbito social através de uma carga principiológica dirigida à recuperação de empresas *viáveis* no contexto mercadológico e *relevantes* no âmbito social.

Este cenário é o plano de fundo da Nova lei de Falências, da qual trataremos no Capítulo II.

## **2 O SISTEMA FALIMENTAR IMPLEMENTADO PELA LEI 11.101/2005**

### **2.1 O PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR 71/03**

Diante da comprovada impossibilidade de se manter o sistema falimentar esculpido no Decreto-lei 7.661/45, a década de 90 se inicia com preocupações relativas a reforma da legislação falimentar. Nesta seara, o Ministério da Justiça cria uma Comissão responsável pela elaboração de um Projeto de reforma da Lei de Falências. Após esta Comissão elaborar uma minuta de anteprojeto, o Ministério da Justiça encaminha este trabalho a inúmeras entidades para que o analisem e apresentem sugestões; uma das entidades que recebeu a minuta foi o Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, o qual se incumbiu da tarefa de, através da criação de uma Comissão para promoção de estudos do anteprojeto, elaborar outro anteprojeto, supostamente mais adequado às demandas nacionais.

Em razão da proposta do IASP, o anteprojeto do Ministério da Justiça sofreu substanciais alterações, redundando no Projeto de lei 4.376/93, de iniciativa do Poder Executivo. Após 484 emendas e 5 substitutivos, apresentados durante seus dez anos de tramitação, a matéria foi votada e aprovada pelo Plenário da Câmara dos Deputados na forma de Subemenda Substitutiva de Plenário, apresentada pelo relator, Deputado Osvaldo Biolchi, na sessão deliberativa de 15 de outubro de 2003.

Aprovado na Câmara dos Deputados, o Projeto de lei é encaminhado ao Senado Federal, tramitando como PLC 71/2003. Em reunião da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal, realizada em 13 de abril de 2004, foi oferecido substitutivo integral ao texto do PLC nº 71, de 2003, até então composto por 222 artigos, dos quais apenas oito foram integralmente aproveitados na nova redação proposta. A elaboração do substitutivo de relatoria do então senador da República, Ramez Tebet, teve por fundamento 81 emendas apresentadas ao projeto original, sugestões doutrinárias e debates formulados em audiências públicas realizadas nos meses de janeiro e fevereiro de 2004.



Segundo o relator do substitutivo ao PLC 71, de 2003:

*A lei de falências, para cumprir os objetivos a que se propõe, deve apresentar três características fundamentais: primeiramente, deve ser logicamente estruturada, de forma que seus dispositivos possam ser bem compreendidos no âmbito dos seus respectivos institutos que pretende disciplinar; ter coerência interna, ou seja, é indesejável que haja repetições, contradições ou omissões que dificultem a aplicação da lei; finalmente, os dispositivos devem ser claros e tecnicamente precisos, para que se reduza, tanto quanto possível, a possibilidade de que controvérsias interpretativas comprometam a segurança jurídica dos interessados.*(TEBET, 2005, p. 23)<sup>32</sup>.

Como o relator entendia haver incompatibilidades do PLC 71/03 com as três características acima delineadas, justificava-se a elaboração de um substitutivo para regular a falência, a recuperação judicial e a recuperação extrajudicial no ordenamento brasileiro.

Após passar pelas Comissões de Alta Câmara, o Projeto foi aprovado na sessão plenária do Senado no dia 6 de julho de 2004. Em razão das alterações produzidas no Senado, o Projeto retornou à Câmara Federal em 12 de julho de 2004, havendo a determinação pela Mesa da Câmara de que fosse constituída uma Comissão especial de Trabalho, de Administração e Serviço Público, de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio, de Finanças e Tributação e Constituição e Justiça e da Cidadania, para exame final do Projeto.

Observado o trâmite legislativo delineado na Constituição Federal, a redação final do Projeto, oferecida pelo relator Deputado Osvaldo Biolchi, foi aprovada na sessão plenária da Câmara Federal do dia 14 de dezembro de 2004. A fim de ultimar o processo legislativo, em 9 de fevereiro de 2005 o Projeto foi

---

<sup>32</sup> TEBET, Ramez. Lei de Recuperação de empresas – íntegra da publicação. Conforme texto obtido junto ao endereço eletrônico <http://www.senado.gov.br/web/senador/ramez/ramez.htm>. Acesso em 20/07/2008. p. 23

finalmente sancionado pelo presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva<sup>33</sup>, convertendo-se na lei ordinária 11.101 de 2005.

## 2.2 OS OBJETIVOS E DIRETRIZES DA LEI 11.101/2005

### 2.2.1 Objetivos da Lei de Recuperação de Empresas

O objeto das leis falimentares consiste no enfrentamento das perplexidades geradas pela fase patológica da empresa; ainda que situações de bonança sejam restritas a agentes econômicos bem-sucedidos, é inevitável que a atividade empresarial se depare com situações de dificuldade financeira em algum momento de sua constituição. A própria conceituação do termo dificuldade financeira é controversa, havendo países que a identifiquem no momento em que o ativo circulante seja insuficiente para saldar o passivo circulante (como a França) e países que a identifiquem através do inadimplemento dos credores (como a Itália)<sup>34</sup>. Se o próprio objeto das leis falimentares está atrelado às distintas concepções dos sistemas falimentares, não se pode pensar em estabelecer uma estrutura única para todos os países; deve-se respeitar as especificidades de cada qual.

De uma forma genérica, entretanto, pode-se afirmar que *“o propósito de uma lei de quebras, agora amplamente aceito, é o de facilitar a criação de riqueza econômica”*.<sup>35</sup> No intuito de proporcionar o objetivo de criação de riquezas, a vertente mais atual do direito falimentar determina que a visão das legislações falimentares se inicie com os empréstimos de capital produtivo, antecedendo, portanto, a fase de dificuldade financeira; verifica-se nesta acepção que as leis falimentares não devem apenas solucionar as situações críticas de uma empresa, como também prevenir que a patologia se estabeleça.

---

<sup>33</sup> A Lei n 11.101/2005 foi sancionada com veto ao artigo 4º e seu parágrafo único; às alíneas “c” do inciso I e “a” do inciso II do artigo 35, ao inciso II do parágrafo 6º do artigo 37.

<sup>34</sup> ROQUE, Sebastião José. *Direito de Recuperação de Empresas*. São Paulo: Ícone, 2005.

<sup>35</sup> SCHWARTZ, Alan. *The law and economics approach to corporate bankruptcy*. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, São Paulo, ano 10, n. 36, abr.-jun/2007. p. 56. trad. livre.

Além de estabelecer uma visão anterior ao período de dificuldade financeira da empresa (o que se evidencia através do princípio da redução dos custos financeiros), a lei 11.101/05 não olvida da perspectiva de criação de riquezas através da tentativa de maximização de retorno aos credores; segundo Alan Schwartz: *“Portanto, sob uma perspectiva econômica, os sistemas falimentares devem ser classificados de acordo com sua efetividade na elevação dos valores recebidos pelos credores”*.<sup>36</sup> Há um enfoque econômico latente nas leis de quebras mais atuais.

Frise-se que enquanto o Decreto-lei 7.661/45 ignorava as repercussões práticas determinadas por seus institutos, a lei 11.101/05 parte do pressuposto de que seus dispositivos podem trazer benefícios ou prejuízos ao ramo econômico.

Se a perspectiva econômica das legislações falimentares é hoje uma unanimidade, em alguns países o sistema falimentar deve servir também a propósitos sociais. Como bem enfatiza Ramez Tebet na exposição de motivos do substitutivo ao PLC 71/03 que redundou na nova lei falimentar brasileira, *“a lei de Recuperação de Empresas tem um objetivo econômico e um objetivo social. Precisamos salvar as empresas, garantir os direitos trabalhistas e a preferência daqueles que mais precisam”*.<sup>37</sup>

### 2.2.2 Estrutura da Lei de Recuperação de Empresas.

A fim de assegurar o cumprimento dos objetivos delineados no item anterior, cumpre analisar a estrutura estabelecida pela LRE, partindo dos questionamentos levantados por um trabalho realizado pelo Banco Mundial no ano de 2001:

*O modelo de uma lei falimentar é determinado por inúmeros objetivos políticos condizentes com a variedade de objetivos, direitos e interesses visados. Por exemplo, uma lei de falências deve promover a disciplina e procurar se livrar dos empresários incompetentes e ineficientes? Ou deve ser tolerante, e tolerância*

---

<sup>36</sup> SCHWARTZ, Alan. *op. cit.* p. 64. trad. livre.

<sup>37</sup> TEBET, Ramez. *op. cit.* p. 76

*encoraja a atividade empresarial? A lei deve ser pró credor ou pró devedor, e o que essa classificação significa? Deve ter propósitos sociais e coletivos mais amplos ou deve simplesmente visar uma solução justa e razoável de interesses individuais concorrentes? Deve a lei encorajar o investimento? Deve ser predisposta em direção a reabilitação para proteger a economia de colapsos do sistema, que não decorram necessariamente de falhas na administração?*<sup>38</sup>. (WORLD BANK, 2001, p. 101).

A opção por cada uma das alternativas acima delineadas singulariza os sistemas falimentares adotados em cada país. No Brasil o enfoque sócio-econômico objetivado pela lei 11.101/2005 condicionou o estabelecimento de uma estrutura híbrida entre a adotada na França e nos Estados Unidos.

O artigo 47, inspirado no artigo 620-1 do Código Comercial francês, sumariza os objetivos da Nova Lei de Falências, devendo funcionar também como uma diretiva de interpretação para que seja atribuída a devida efetividade aos institutos criados.

Se a preservação da empresa, disposta no artigo 47 da Lei 11.101/05 é o resultado pretendido pela legislação, os meios hábeis a atingi-la podem ser extrajudiciais ou judiciais, estando estes delineados em um rol não-exaustivo<sup>39</sup> disposto no artigo 50 da referida lei. Para a consecução da recuperação, quer em sua forma judicial, quer extrajudicial, deve haver uma intensa negociação entre o devedor e os credores, a semelhança do sistema falimentar norte-americano. A utilização de um sistema híbrido gera alguma perplexidade, bem externada por Alberto Camiña Moreira: *“tem-se uma cabeça francesa num corpo americano, para aplicação nos trópicos. E tem de dar samba”*.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> THE WORLD BANK, abril, 2001. [www.worldbank.org/gild](http://www.worldbank.org/gild). In: Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro. São Paulo: Malheiros, Ano XL, n. 122, abr/jun, 2001; p. 101. trad. livre

<sup>39</sup> A recuperação judicial da empresa pode ser realizada por qualquer meio que não constitua infração a seus dispositivos, dependendo simplesmente da “criatividade empresarial”.

<sup>40</sup> MOREIRA, Alberto Camiña. *Poderes da Assembléia de Credores, do Juiz e atividade do Ministério Público*. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de. (coord.). *Direito Falimentar e a nova lei de falências e Recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 266

A utilização de um instrumental semelhante ao empregado no sistema falimentar norte-americano tem o condão de atribuir ao mercado o papel decisório acerca da manutenção ou liquidação de sociedades insolventes<sup>41</sup>. Pondere-se entretanto, que a recuperação da empresa deve contar com a anuência dos credores, uma vez que a partir do momento em que a empresa em crise busca a tutela judicial, postulando sua recuperação, “*desvincula-se do interesse privado dos sócios e passa a ter o interesse público sobrepondo-se àquele*.”<sup>42</sup> Partindo desse pressuposto, pode-se concluir que os credores, apesar de não representarem o “mercado”, fazem uma análise prévia dos riscos inerentes ao plano de recuperação da empresa, o que logicamente pode impossibilitar a posterior decisão da recuperação empresarial pelo sistema de mercado<sup>43</sup>. Em suma, os credores, maiores interessados na solução da situação crítica da empresa, decidem se querem ou não enfrentar os riscos inerentes à tentativa de soerguimento empresarial. Na primeira hipótese, fazem uma análise prévia ao enfrentamento da sociedade reestruturada pela voracidade do sistema de mercado; na segunda, optam pela liquidação da sociedade empresarial. Ao devedor cabe apenas utilizar-se da negociação, como instrumento da economia de mercado, para convencê-los da manutenção da empresa.

Não se pode olvidar que a solução proposta pelo legislador alberga interesses que se impuseram no período de elaboração da lei, quer por *lobby*, quer por proteção constitucionalmente assegurada.

### 2.2.3 Os interesses albergados pela Lei de Recuperação de Empresas.

Por ser palco do embate entre interesses diversos, algumas vezes diametralmente opostos, toda lei de falências deve proporcionar uma solução

<sup>41</sup> SCHWARTZ, Alan. *op. cit.* p. 57.

<sup>42</sup> LAZZARINI, Alexandre Alves. *A recuperação judicial de empresas: alguns problemas na sua execução*. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, São Paulo, ano 10, n. 36, abr.-jun/2007. p. 95.

<sup>43</sup> GALBRAITH desmistifica o termo “sistema de mercado” ao afirmar que se trata, na verdade, de sinônimo ao termo sistema capitalista. A utilização do termo “sistema de mercado” é recorrente, dado que se trata de um termo mais ameno, por estar desvinculado do histórico de exploração verificado no capitalismo. GALBRAITH, John Kenneth. *A Economia das Fraudes Inocentes. Verdades para o nosso Tempo*; trad. Paulo Anthero Soares Barbosa. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

adequada a satisfazer os anseios dos agentes participantes de sua elaboração. Neste contexto, é inevitável que haja o tratamento da contraposição de interesses entre credores e devedor; mais ainda, o dualismo pendular também pode se estabelecer no conflito entre soberania do juiz vs. soberania dos credores.

O direito falimentar atual, do qual decorre nosso novo texto falimentar recomenda que não sejam adotadas posições extremadas, uma vez que podem acarretar prejuízos substanciais a um dos agentes econômicos no momento da aplicação legislativa. No que tange o embate entre credores e devedor, é interessante ponderar que:

*Dependendo da natureza a legislação falimentar, as empresas seguirão estratégias com maior ou menor risco. Se o arcabouço legal estimular a manutenção de empresas inviáveis a todo o custo ou permitir que os administradores preservem seu patrimônio depois da falência, esses gestores implementarão projetos e realizarão investimentos sem tomar os devidos cuidados para se precaver contra a possibilidade de fracasso. Essa situação gera um resultado ineficiente do ponto de vista econômico, pois implica em perda de valor, perda de bem-estar, além de piorar as condições de crédito para toda a economia, pois o maior risco dos negócios diminui a perspectiva de recuperação dos empréstimos. Se, por outro lado, a legislação falimentar tender em demasia para o lado dos credores, a aversão ao risco dos empreendimentos será maior, o que prejudicará a realização de investimentos rentáveis, inviabilizando o aproveitamento de oportunidades e comprometendo a geração de emprego e renda. (LISBOA et al, 2005, p.32).<sup>44</sup>*

Além dos interesses creditícios, a lei falimentar deve objetivar a preservação dos demais interesses coletivos envolvidos, viabilizando a recuperação da empresa quando esta solução gerar maiores benefícios do que

---

<sup>44</sup> LISBOA, Marcos de Barros; et al. *A racionalidade econômica da Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de. (coord.). *Direito Falimentar e a nova lei de falências e Recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 32.

custos para a sociedade; referida solução não é necessariamente contraposta ao interesse dos credores, uma vez que, na maior parte das vezes, estes são também beneficiados pela boa implementação de um plano de preservação da empresa<sup>45</sup>.

Ciente do mecanismo de incentivos que pode gerar para a economia, a Nova Lei de Falências procura estabelecer um sistema de insolvências equilibrado e eficiente, de modo que não se estabeleça um prejuízo *a priori* de qualquer das partes. Surge, portanto, com o intuito de superar o dualismo pendular já anacrônico, reconhecendo a função social da empresa e, em consequência, os demais interesses afetados pela atividade empresarial.

Sob este enfoque deve também ser observado o conflito de poderes entre o juiz e os credores, os quais devem convergir para que através da conciliação de competências sejam produzidas soluções que atendam a função pública do direito da empresa em crise. Segundo SECCHI MUNHOZ, acima deste dualismo pendular, *“importa estudar as regras procedimentais que deverão conciliar esses poderes<sup>46</sup>”*, as quais servirão de instrumento para que sejam atingidos os fins colimados na lei, quer através da recuperação, quer através da liquidação célere das empresas inviáveis.

Deve-se ponderar também o papel do Ministério Público como fiscal da lei, cuja intervenção poderá ser justificada no momento em que a deliberação negativa de um credor ao plano de recuperação tiver como fundamento a eliminação de um concorrente, por exemplo. Não se impede e sequer questiona-se o poder que os credores têm na nova lei de votar de acordo com seu interesse particular de satisfação do crédito, mas quando a deliberação tomar rumos desvirtuados, caberá a aplicação de instrumentos que visem conciliar este poder às determinações legais.

Se a superação do dualismo pendular rende elogios à lei 11.101/2005, isso se deve fundamentalmente ao embasamento principiológico atribuído ao sistema falimentar nacional. Conforme se verifica no relatório apresentado pelo Banco

---

<sup>45</sup> MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Anotações sobre os limites do poder jurisdicional*. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, São Paulo, ano 10, n. 36, abr.-jun/2007. p. 184/199.

<sup>46</sup> MUNHOZ, Eduardo Secchi. *op. cit.* p. 199.

Mundial em 2001, “a primeira tarefa de um sistema falimentar é estabelecer uma estrutura de princípios, que determine como o estado do devedor será administrado em prol do benefício de todas as partes envolvidas”<sup>47</sup>.

### 2.3 O SISTEMA PRINCIPIOLÓGICO DA LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS.

O sistema principiológico delineado na lei 11.101/2005 está intrinsecamente ligado aos princípios assegurados na Constituição Federal de 1988, em especial aos princípios da valorização do trabalho, da livre iniciativa e da busca do pleno emprego. Ressalte-se que o princípio da livre iniciativa, disposto no *caput* do artigo 170 da CF, “*deve estar orientado na direção do princípio da função social para, ao mesmo tempo em que dá concretude aos legítimos interesses privados do investidor, realize o desenvolvimento nacional, conforme os ditames de justiça social.*”<sup>48</sup>

Isto significa dizer que, não obstante ter inspiração em textos falimentares de outros países, a lei 11.101/2005 estabelece um sistema falimentar condizente com o contexto nacional, o que se evidencia através de sua adequação aos princípios constitucionais.

Os princípios dispostos na Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas são dotados da mesma importância, não havendo uma prioridade *prima facie* em favor de alguns<sup>49</sup>. Em situações de conflitos principiológicos, portanto, nenhum dos princípios gozaria de uma *força argumentativa prévia*, na expressão de Alexy, em favor de outro. Em havendo este embate, a solução deve se pautar pela ponderação entre os princípios, estabelecendo concretamente qual o meio

<sup>47</sup> THE WORLD BANK. *op. cit.* p. 101. trad. livre

<sup>48</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. *Reflexões a propósito dos princípios da livre iniciativa e da função social*. Revista de Direito Público da Economia –RDPE, Belo Horizonte, ano 4, n. 16, out/dez. 2006. p. 32.

<sup>49</sup> ALEXY afirma a existência de uma força argumentativa prévia dos princípios da liberdade e igualdade, o que os atribuiria uma prioridade *prima facie* perante outros princípios. Em conflito com estes princípios, as outras normas deveriam apresentar uma força argumentativa mais robusta para mitigá-los. ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 545-549.



mais *adequado* e menos gravoso ao outro (*necessidade*), o que se faz através da argumentação em defesa de qual norma deve prevalecer no caso debatido (*ponderação strictu sensu*)<sup>50</sup>.

Ressalte-se que, não obstante reconhecer seu caráter econômico, a nova lei não olvida de seus aspectos sociais, fato que deve ser considerado no momento de aplicação de seus dispositivos.

Tendo em vista que os princípios delineados no novo sistema falimentar brasileiro, além de seu caráter programático, são dotados de uma feição normativa, é correto dizer que dispõem objetivos a serem seguidos pelo intérprete da lei, não podendo ser olvidados no momento de dúvidas acerca da aplicação de certos institutos; nesta toada é pertinente a lição legada por CARLOS MAXIMILIANO:

*Bem antiga é a obra de Thibaut, de 1799, e já prescrevia ao hermeneuta o considerar o fim colimado pelas expressões do Direito, como elemento fundamental para descobrir o sentido e o alcance das mesmas.*

*Não se compreenderia preceito algum sem ascender à respectiva série causal; mas não haveria necessidade de compreendê-lo, se o seu destino não fora atuar sobre a vida e correr uma linha fecunda de efeitos.*

*Toda prescrição legal tem provavelmente um escopo, e presume-se que a este pretenderam corresponder os autores da mesma, isto é, quiseram tornar eficiente, converter em realidade o objeto ideado. A regra positiva deve ser compreendida de modo que satisfaça aquele propósito; quando assim se não procedia, construíam obra do hermeneuta sobre a areia movediça do processo gramatical.*

*Considera-se o Direito como uma ciência primariamente normativa ou finalística; Por isso mesmo a sua interpretação há de ser, na essência, teleológica. O hermeneuta sempre terá em vista o fim da*

---

<sup>50</sup> BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidade Externada de Colômbia, 2003.

*lei, o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática. A norma enfeixa um conjunto de providencias, protetoras, julgadas necessárias para satisfazer a certas exigências econômicas e sociais; será interpretada de modo que melhor corresponda àquela finalidade e assegure plenamente a tutela de interesse para qual foi regida. (MAXIMILIANO, 1979, 151/152).<sup>51</sup>*

Após estas linhas gerais, faz-se mister analisar especificamente cada um dos doze princípios basilares do texto normativo em voga na legislação falimentar nacional.

### 2.3.1 Princípio da Preservação da Empresa.

O enfoque dado pelo princípio da preservação da empresa aproxima o direito falimentar brasileiro das demandas sócio-econômicas atuais. Se através do Decreto-lei 7.661/45 a simples negociação entre o devedor e os credores já poderia configurar ato falimentar<sup>52</sup>, com o advento da lei 11.101/2005 e o conseqüente prestígio a preservação da empresa, a flexibilidade negocial (pondere-se, entretanto, que a flexibilidade não é total) , como característica de uma economia de mercado, é reconhecida.

Enquanto o instituto da “concordata branca”, dado seu alto custo de implementação, era uma solução marginal à lei factível apenas para grandes empresas, o estímulo da negociação entre devedor e credores empreendido pela Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas, possibilita que sejam utilizados diversos instrumentos em prol da manutenção da empresa; possibilita, outrossim, seja dado um primeiro passo em direção ao pleno emprego<sup>53</sup> (artigo

<sup>51</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 151-152.

<sup>52</sup> Neste contexto era freqüente a prática da “concordata branca”, através da qual grandes corporações outorgavam mandato a bancos de investimento, que renegociavam a dívida sem a necessidade de a empresa praticar qualquer ato em nome próprio.

<sup>53</sup> O pleno emprego é uma situação econômica hipotética, na qual a demanda equivaleria exatamente à oferta de todos os bens produzidos em determinada economia. Trata-se de um ideal econômico que serve como referência para a elaboração de teorias para estudo da economia.

170, VIII da Constituição Federal). Nesta toada, é pertinente o seguinte trecho da obra de Assis Gonçalves:

*Pode-se observar que ao principio da busca do pleno emprego, por exemplo, corresponde o da preservação ou da manutenção da empresa (de que é corolário o da recuperação da empresa), segundo o qual, diante das opções legais que conduzam a dúvida entre aplicar regra que implique a paralisação da atividade empresarial e outra que possa também prestar-se à solução da mesma questão ou situação jurídica sem tal consequência, deve ser aplicada esta última, ainda que implique sacrifício de outros direitos também dignos de tutela jurídica (GONÇALVES, 1998, p.99).<sup>54</sup>*

A opção pela preservação da empresa determina o aspecto material de uma perspectiva institucionalista, superando a acepção de que a sociedade empresarial é instrumento exclusivo dos sócios<sup>55</sup>, para proporcionar a convergência de interesses de diversos grupos envolvidos na atividade empresarial (credores, trabalhadores, fornecedores, investidores) através da manutenção da fonte produtiva. No entanto, a concretização da perspectiva institucionalista demanda ainda a configuração de um aspecto procedimental, hábil a viabilizar o que fora preceituado no artigo 47 da Lei de Falências e Recuperação de Empresas.

A eficiência do aspecto procedimental é questionada por Calixto Salomão Filho<sup>56</sup>, que afirma haver um claro desequilíbrio entre a participação dos diversos interesses envolvidos no processo de recuperação da empresa. Este desequilíbrio

---

<sup>54</sup> GONÇALVES, Alfredo de Assis. *Apontamentos de Direito Comercial*. Curitiba: Editora Juruá. 1998. p. 99.

<sup>55</sup> “A companhia pertence às pessoas que nela investem – não aos seus empregados, fornecedores ou à localidade em que se situa.” DUNLAP, Albert J. apud BAUMAN, Zigmunt. *Globalização: As consequências humanas*. trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999. p. 13.

<sup>56</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Recuperação de empresas e interesse social*. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coords.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005 – artigo por artigo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 43-57.

proposital, segundo o jurista, se instalaria pela supressão da vontade dos trabalhadores através da aprovação do plano de recuperação sem a anuência da maioria nessa classe (através da aplicação do *cram down*); como a convergência de interesses dos credores reais e quirografários é mais factível, o instituto do *cram down*, segundo Calixto Salomão, serviria como instrumento de burla aos interesses trabalhistas. Há doutrinadores, no entanto, que adotam a posição oposta, afirmando que o *cram down* deveria ser ampliado, defendendo que da forma como foi implementado o instituto serviria como um simples *quorum* alternativo para aprovação do plano<sup>57</sup>.

Por ora, deve-se afirmar que a complementaridade do aspecto procedimental da perspectiva institucionalista dependerá da atuação do Comitê de Credores, do administrador judicial e, eventualmente, do Ministério Público no sentido de supervisionar a atuação do detentor do poder de controle na Assembléia.

Ao utilizar-se de instrumentos da economia de mercado para solucionar a situação de crise da empresa (negociação), a nova lei poderá criar condições não só para um crescimento, como para um desenvolvimento econômico<sup>58</sup>, uma vez que a recuperação da empresa não se fará em situações prejudiciais aos empregados. Ao tratar desta opção legislativa, Frederico Augusto Monte Simionato afirma:

*A crise é de natureza econômica e serão as leis econômicas que, de um modo geral, devem traçar-lhe o caminho para salvar a empresa viável, cabendo tão-só às leis jurídicas estabelecer os critérios de poder e solucionar os conflitos de poder entre credores e devedores.*(SIMIONATO, 2008, p. 11)<sup>59</sup>

<sup>57</sup> MUNHOZ, Eduardo Secchi. *op. cit.* p. 198.

<sup>58</sup> Segundo GALBRAITH uma das fraudes econômicas mais recorrentes é a utilização do PIB como único indicador econômico, uma vez que olvida dos caracteres inerentes ao desenvolvimento da sociedade, tão importantes para a mensuração da real evolução de determinado país. GALBRAITH, John Kenneth. *A Economia das Fraudes Inocentes. Verdades para o nosso Tempo*; trad. Paulo Anthero Soares Barbosa. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

<sup>59</sup> SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. *Tratado de Direito Falimentar*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.11.

Na atuação mercadológica a empresa recuperada deverá demonstrar sua eficiência, a qual dependerá diretamente da estrutura produtiva da sociedade e de fontes de financiamento, quer através de capital, quer através do fornecimento de matéria-prima. No intuito de possibilitar a readequação da empresa recuperanda às demandas mercadológicas, a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas atribui o caráter extraconcursal aos agentes econômicos que se dispuserem a financiar ou fornecer matéria-prima para o desenvolvimento do plano de recuperação empresarial (artigo 67 da lei 11.101/2005); se o plano falhar e a falência for decretada, estes credores terão recebimento prioritário.

No que tange a estrutura produtiva da empresa recuperanda, a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas adota o “*stay period*”, vedando a retirada de bens necessários a produção empresarial pelo período de 180 dias, contados do deferimento do processamento da recuperação. A redação do artigo 49, §3º, em cotejo com o artigo 6º, §4º da lei 11.101/2005, impossibilita o proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis e o arrendador mercantil, dentre outros, de vender ou retirar os bens essenciais à atividade empresarial da recuperanda pelo prazo de 180 dias (ver acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo no Agravo de Instrumento 1.149.321-0/3, através do qual se impediu o prosseguimento de uma ação de busca e apreensão por força de uma presunção –não ilidida pela agravante - de que os bens objeto da lide seriam essenciais à atividade da recuperanda)<sup>60</sup>. Ressalte-se que a preservação da empresa também pode ser feita mediante uma readequação do tamanho desta, de modo que uma redução no âmbito de atividade da empresa pode dispensar a utilização de alguns bens antes essenciais a sua atividade produtiva; sobre estes bens não se estabelecerá o “*stay period*”.

Como exemplo prático da aplicação do princípio da preservação da empresa, tem-se a situação de um grande grupo farmacêutico paranaense, cujo processo de falência demonstrou a quase inexistência de ativos em nome da empresa. Havia, entretanto, um nome empresarial muito forte e um alto valor

---

<sup>60</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. AI n. 1.149.321-0/3. Órgão Julgador: 36ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Des. Palma Bisson. Julgado em 24/04/2008. Disponível em [www.tj.sp.gov.br](http://www.tj.sp.gov.br). Acesso em 28/09/2008.

agregado aos pontos comerciais antes explorados pela sociedade através de contratos de locação. Com a alienação conjunta dos pontos comerciais e do nome empresarial a outro grupo farmacêutico, obteve-se uma substancial quantia, além de proporcionar a manutenção dos postos de trabalho. Outro aspecto positivo do princípio da preservação da empresa, portanto, reside na viabilização da alienação do patrimônio intangível.

### 2.3.2 O princípio da separação dos conceitos de empresa e empresário.

O direito comercial há muito se envolve na tarefa de dissociar a ruína do empresário da ruína da empresa; a nova lei, através do princípio ora abordado, faz exatamente o contrário ao determinar a possibilidade de que a empresa sobreviva ao empresário<sup>61</sup>. A designação deste princípio não é sem razão, e encontra guarida tanto em justificativas mercadológicas como sociais.

É cediço que sob a perspectiva mercadológica o princípio da eficiência se insurge como referencial. Para se atingir um determinado nível de eficiência os fatores de produção devem concorrer positivamente, quais sejam: (i) recursos humanos, (ii) recursos naturais, (iv) tecnologia, (v) capital e (vi) capacidade empresarial. Inexistindo eficiência com relação aos três primeiros fatores de produção, dificilmente um plano de recuperação será viável se mantidas as mesmas condições; a falta de eficiência com relação aos dois últimos fatores de produção, entretanto, considerada a perfeição dos outros três, pode ser resolvida por um plano de recuperação empresarial que determine a alienação da empresa a empresário mais preparado, ou com mais recursos disponíveis.

No que tange as justificativas sociais, parte-se da premissa de que no momento em que *“a empresa em crise postula sua recuperação judicial, desvincula-se do interesse privado dos seus sócios e passa a ter um interesse público sobrepondo-se àquele”*<sup>62</sup>. Desta forma, ainda que o empresário venha à falência, é possível manter-se incólumes os interesses dos trabalhadores, consumidores, fornecedores e etc...

---

<sup>61</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *op. cit.*

<sup>62</sup> LAZZARINI, Alexandre Alves. *op. cit.* p. 95.

Ao abordar o assunto, o juiz Alexandre Alves Lazzarini capta a essência deste princípio ao afirmar que:

*Há que se afastar a idéia de que o instituto da recuperação judicial de empresas, bem como a falência, têm por escopo salvar a pessoa do empresário, seja ele mau ou bom, pois a Lei 11.101/2005 deixa claro, em seu artigo 47, ao tratar da finalidade da recuperação da empresa, bem como no artigo 76, que fixa as diretrizes da falência, que ele não é essencial para a empresa em crise, embora possa ser importante, caso seja um bom empresário. (LAZZARINI, 2007, p.95).<sup>63</sup>*

A análise correta deste princípio o alia ao princípio da preservação da empresa, constituindo-se como uma forma de complementação daquele. Ressalte-se que ao instituir o princípio da separação dos conceitos de empresa e empresário, a Lei 11.101/2005 permitiu a manutenção da fonte produtiva até mesmo nos processos de falência. Considerando que quem tem sua falência decretada é o empresário e não a empresa é possível alienar a atividade empresarial em sua integralidade a outro agente econômico; para tanto, deve o plano de recuperação ter como fundamento os incisos III ou IV do artigo 50 da lei 11.101/2005.

### 2.3.3 O princípio da recuperação de sociedades e empresários recuperáveis.

Segundo preceituado na Exposição de Motivos do substitutivo ao PLC 71/03, “sempre que for possível a manutenção da estrutura organizacional ou societária, ainda que com modificações, o Estado deve dar instrumentos e condições para que a empresa se recupere, estimulando, assim, a atividade empresarial”<sup>64</sup>. A compreensão deste excerto deve ser feita à luz dos seguintes pontos: (i) quem determinará a possibilidade da manutenção da empresa e (ii) o

<sup>63</sup> LAZZARINI, Alexandre Alves. *op. cit.* p. 95.

<sup>64</sup> TEBET, Ramez. *op. cit.* p. 29

Estado deve atuar no sentido de proporcionar as condições para que a recuperação seja efetivada.

A solução do primeiro item demanda uma análise conjunta ao princípio da participação ativa dos credores, os quais deterão o poder de formular uma *análise prévia* sobre a plausibilidade ou não do plano de recuperação intentado. Esta análise perfunctória tem o condão de simplesmente afirmar se os instrumentos dispostos no plano de recuperação da empresa foram capazes de sensibilizar os credores a enfrentar riscos mais elevados, que poderão acarretar em benefícios ou prejuízos ao montante de recursos que têm direito a receber. A análise definitiva acerca da plausibilidade do plano é inevitavelmente do mercado.

No entanto, e sob pena de se incorrer em um raciocínio ilógico, pode-se concluir que o termo *recuperável* disposto na redação do princípio é uma presunção, definida com base no adimplemento das condições delineadas nos artigos 48 e 51 da lei 11.101/05; nestes termos, há aparentemente uma presunção legal de que a empresa, uma vez preenchidos os requisitos para o processamento do plano, é *recuperável* até que se prove o contrário, quer pelos credores, quer pelo mercado, posteriormente. Destarte, a observância dos pré-requisitos dispostos nos artigos 48 e 51 assegura a empresa o direito de ação para propor sua recuperação judicial, havendo de se ponderar que o direito de ação é autônomo ao direito material.

Com a aplicação deste princípio não se quer antever as futuras condições mercadológicas da empresa, mas tão somente estabelecer uma atuação conjunta do Estado à empresa, que não redundará necessariamente na recuperação desta.

Esta atuação estatal no sentido de proporcionar as estruturas e fornecer as condições para que a recuperação se concretize pode se dar de diversas formas, sendo exemplo mais atual a repetição de decisões judiciais que dispensam a apresentação da Certidão Negativa de Débito Tributário pela empresa a ser recuperada (a exemplo das Recuperações Judiciais da Parmalat e Vasp). Pode-se afirmar ainda que o fato de se disponibilizar o instrumento da recuperação judicial à empresa que tenha adimplido os requisitos determinados nos artigos 48 e 51



constitui uma ação estatal representada pelo despacho que defere o processamento da recuperação judicial.

#### 2.3.4 O princípio da retirada do mercado de sociedades e empresários inviáveis.

Em prol do princípio da eficiência, condicionante da viabilidade de uma empresa no sistema capitalista, a lei 11.101/05 determina seja empreendida uma célere retirada de sociedades e empresários inviáveis. Com isto, a Nova Lei de Falências e Recuperações Judiciais demonstra que seus institutos não servirão aos propósitos de empresários que pretendam simplesmente postergar a decretação de sua falência através de instrumentos legais. Ao tratar da realidade norte-americana, Alan Schwartz é preciso também quanto à legislação brasileira quando afirma que: *“Alterar a lei de quebras para se estender a vida de empresas inviáveis deve acarretar prejuízos no nível de investimento, uma vez que duplica os programas sociais que existem, ou deveriam existir, em determinado lugar.”*<sup>65</sup>

A inviabilidade deve ser noticiada pelos credores, pelo Ministério Público ou pelo próprio devedor (ainda que este não seja dotado de poderes para desistir da recuperação, nos moldes do artigo 52, §4º da lei 11.101/05), uma vez que o juiz não é dotado de poderes para indeferir o processamento do plano de recuperação se, ainda que a plausibilidade da recuperação se mostre duvidosa, tenham sido adimplidos os requisitos dos artigos 48 e 51 da lei 11.101/05. Para o fim de que se estabeleça uma atuação conjunta entre credores e devedor, havendo um julgamento mais justo da possibilidade de recuperação, a transparência nas informações e dados é imprescindível; em outras palavras, a falha na comunicação entre os sujeitos envolvidos na recuperação poderá desvirtuar o instituto para o lado oposto.

Para as sociedades ou empresários que se mostrem inviáveis, a decretação da falência é a medida cabível, o que não impede, porém, a alienação da atividade a outro empresário, que eventualmente esteja mais preparado que o falido. Deste modo, através da rápida liquidação do ativo da falida deverá ser proporcionado um maior retorno aos credores (o que deve acarretar positivamente

---

<sup>65</sup> SCHWARTZ, Alan. *op. cit.* p. 78. trad. Livre.

no nível de incentivos a investimentos empresariais), impedindo-se também a realização de mais gastos desnecessários por parte do falido e do Estado.

A aplicação deste princípio tem o condão de restringir a aplicação do desvirtuado instituto da continuidade temporária dos negócios, instrumento através do qual, sob a égide do Decreto-lei 7.661/45, os empresários intentavam permanecer *ad infinitum* no exercício de sua atividade, mesmo que não comprovassem a rentabilidade da mesma. Apesar de mediante a aplicação do disposto no artigo 99, inciso XI, persistir a possibilidade de se deferir a continuidade temporária dos negócios na nova lei falimentar, o instituto não deve permanecer em sua forma deturpada. Para tanto, apenas nas situações em que for possível conjecturar sobre um acréscimo patrimonial a massa é que o artigo 99, inciso XI deve ser utilizado; de outro modo, aplica-se na íntegra o princípio ora abordado.

#### 2.3.5 O princípio da proteção dos trabalhadores.

Ao tratar da resolução dos problemas da empresa mediante o “enxugamento” do quadro de funcionários, GALBRAITH utiliza o termo *injustiça terapêutica*, através do qual se afirma que os menos culpados pela situação de insolvência são os mais prejudicados com a situação de crise da empresa<sup>66</sup>.

Partindo desse pressuposto é que a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas inovou em alguns institutos e manteve outros que visavam proteger os trabalhadores. Sendo um pouco controverso que a ausência de sucessão trabalhista seja um real benefício aos trabalhadores<sup>67</sup> (artigo 141, II da lei 11.101/05), como supõe Ramez Tebet na Exposição de Motivos do Substitutivo ao PLC 71/03, a proteção aos trabalhadores é assegurada de diversas formas.

Inicialmente, cumpre destacar a existência da superprioridade no recebimento de créditos trabalhistas, no limite de cinco salários mínimos, desde que vencidos nos três meses que antecedam a falência (artigo 151 da lei 11.101/05). Através deste instituto é assegurado o recebimento por parte dos

---

<sup>66</sup> GALBRAITH, John Kenneth. *op. cit.* p. 61.

<sup>67</sup> Através da emenda n° 99 ao PLC 71/03 foi proposta a recriação da sucessão trabalhista na aquisição de bens da massa falida, a qual foi rejeitada pelo relator.

trabalhadores tão logo haja recursos disponíveis em caixa, condicionando um recebimento anterior até mesmo que as restituições.

No que tange o recebimento dos créditos trabalhistas remanescentes, a lei 11.101/05 os mantém no topo da classificação dos créditos (artigo 83, I da lei 11.101/05), estabelecendo, entretanto, um limite de 150 salários mínimos para que esta posição seja assegurada; créditos trabalhistas que excedam esse parâmetro serão considerados quirografários. Se à primeira vista esta limitação é prejudicial aos trabalhadores, uma análise mais acurada demonstra que os créditos excedentes deste referencial eram inerentes a diretores ou acordos trabalhistas fraudulentos, através dos quais se mitigava a possibilidade de recebimento por parte do trabalhador; com tal alteração, o benefício aos créditos alimentares é patente.

Em sua atuação perante a Assembléia Geral de Credores, a votação trabalhista é *per capita* (artigo 41, § 1º da lei 11.101/05), não havendo ponderações de acordo com o valor do crédito de cada um, como se verifica nas outras duas classes<sup>68</sup>. Além disto, os credores trabalhistas podem se fazer representar por seus sindicatos nas assembléias (artigo 37, § 5º da lei 11.101/05), o que os assegura uma melhor assistência.

Por fim, a proteção aos trabalhadores pode ser assegurada por meio da manutenção da fonte produtiva e, conseqüentemente, de seus postos de trabalho. Como explicita Alan Schwartz<sup>69</sup>, a depender da especificidade da qualificação que era exigida em determinado posto de trabalho, mais dificuldade o empregado terá em encontrar um novo local para trabalhar; em contrapartida, os empregados que ocupavam postos de trabalho que demandam uma qualificação genérica, teriam mais facilidade em conseguir outro emprego. Isto representa um possível conflito interno na classe trabalhista, que deverá ser resolvido por meio de votação assemblear.

---

<sup>68</sup> Para que o voto dos credores trabalhistas tivesse esse caráter unitário e nominal, foi aprovada a emenda nº 88 ao PLC 71/03.

<sup>69</sup> SCHWARTZ, Alan. *op. cit.* p. 58.

### 2.3.6 O princípio da redução do custo do crédito.

Diversos autores manifestam sua incredulidade quanto à efetivação prática deste princípio. Entretanto, como se trata de um dos pressupostos da Nova Lei de Falências e Recuperações de Empresas, deve também ser observado como objetivo a se atingir através desta legislação. Como se afirmou na subseção 2.2.1, a Lei 11.101/05 se coaduna às compreensões mais atuais sobre o papel de uma legislação falimentar. Neste contexto, Alan Schwartz afirma que:

*Na visão moderna, um bom sistema falimentar facilita, portanto, a criação de riquezas através de seu efeito sobre a taxa de investimento: o equilíbrio entre bons projetos que as empresas podem financiar e incentivos para as empresas investirem de forma eficiente nestes projetos são ambos maximizados quando a taxa de juros é reduzida. (SCWARTZ, 2007, p.58)<sup>70</sup>*

Estudando o tema pela experiência internacional, Aloísio Araújo e Eduardo Lundberg utilizam-se de um recente trabalho de Bergoing *et al* (2002), segundo o qual, através de uma minuciosa análise comparada entre a realidade econômica de México e Chile, denota-se que, não obstante haja uma proporção de crédito relativamente ao PIB muito mais elevada no Chile (60% frente a 15% no México), ambos os países se equiparam quanto aos indicadores econômicos; concluem os autores que a legislação falimentar chilena, por ser mais eficiente ao recebimento dos créditos, condicionaria esta expansão creditícia<sup>71</sup>.

Retornando à perspectiva nacional, a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas intenta a efetivação deste objetivo mediante a elevação do privilégio no recebimento de créditos reais (artigo 83, II da lei 11.101/05), que agora antecede os créditos fiscais no concurso entre os credores da falência<sup>72</sup>. Outra

---

<sup>70</sup> SCHWARTZ, Alan. *op. cit.* p. 59. trad. livre

<sup>71</sup> BERGOEING, R.; KEHOE, P.; KEHOE, T.; SOTO, R. (2002). apud ARAÚJO, Aloísio; LUNDBERG, Eduardo. *A nova legislação de falências – Uma avaliação econômica*. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de. (coord.). *Direito Falimentar e a nova lei de falências e Recuperação de empresas*. São Paulo: Quatier Latin, 2005. p.327.

<sup>72</sup> Esta alteração de ordem foi questionada pela n° 48 ao PLC 71/03, que não foi acolhida pelo substitutivo.

questão positiva no que se refere a segurança no recebimento de créditos reais consiste na limitação dos créditos trabalhistas, que recebem por primeiro. A fim de se reduzir o risco no recebimento dos créditos, o que deve repercutir de forma positiva na economia, a lei 11.101/05 também determina a restituição em dinheiro da importância entregue ao devedor em decorrência da celebração de um contrato de adiantamento de câmbio (artigo 86, II da lei 11.101/05), modalidade extremamente utilizada em exportações; neste caso cria-se um crédito extraconcursal (ver decisão proferida pelo TJ/PR no AI nº 327712-5, que reconhece o caráter extraconcursal ao ACC<sup>73</sup>).

Em conclusão a esta subseção, pode-se afirmar que a lei muito contribuirá se mantiver uma aplicação certa e segura de seus institutos, de modo que proporcione, mais do que uma previsão legal de recebimento seguro em caso de falência, uma segurança jurídica capaz de condicionar uma previsibilidade adequada ao agente fomentador de crédito no momento da celebração do empréstimo. No plano econômico, há de se ponderar que enquanto persistir a política combativa à inflação com âncora meramente monetária, as elevadas taxas de juros pagas pelo governo (teoricamente melhor pagador que a iniciativa privada) continuarão atraindo recursos financeiros que poderiam ser empregados na produção; a redução do custo de crédito não poderá prescindir desta análise conjunta entre Direito e Economia para ser bem sucedida.

### 2.3.7 Os princípios da celeridade e eficiência dos processos judiciais.

Enquanto o Decreto-lei 7.661/45 prestigiava a dimensão procedimental do sistema falimentar, na Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas, a celeridade e a eficiência assumem o posto principal. Esta nova concepção do sistema falimentar não tem o condão de suprimir garantias, mas de evitar que o ativo da massa falida continue sendo deteriorado através de um procedimento lento e ineficaz. Como relembra MARINONI, o direito não deve ser observado

---

<sup>73</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. AI n. 327712-5. Órgão Julgador: 13ª. Câmara Cível. Relator: Des. Augusto Lopes Cortes. Julgado em 16/05/2007. Disponível em [www.tj.pr.gov.br](http://www.tj.pr.gov.br). Acesso em 22/09/2008.

apenas sob a perspectiva das garantias do devedor, mas também sob a dimensão temporal, dado que o tempo é um fator negativo para o credor<sup>74</sup>.

Ademais, deve-se considerar que o próprio acesso ao procedimento há de ser simplificado, de modo que não se criem empecilhos desnecessários ao desenvolvimento da recuperação ou da falência. Com base nesta consideração é que o substitutivo ao PLC 71/03 simplificou as exigências quanto ao plano de recuperação judicial, o qual, desde que observados os requisitos básicos, deverá ser formulado de acordo com o nível de exigência dos credores. Há juristas, como Edson ISFER, que ponderem ainda a omissão da nova lei quanto à possibilidade de os credores pleitearem a recuperação.

Ressalte-se que o momento de entrada no procedimento, quer da recuperação, quer da falência, é determinante para a maximização dos efeitos benéficos destes institutos<sup>75</sup>.

Em homenagem aos princípios delineados neste item, a nova lei estabelece prazos para a recuperação judicial, altera o procedimento para a habilitação de créditos e proporciona a dispensa de atuação do Ministério Público se este órgão entender desnecessária a intervenção em determinado processo adjeto.

Neste sentido, parafraseando Coase, há uma redução dos custos de transação<sup>76</sup> decorrentes do sistema falimentar brasileiro. No Paraná, a fim de se viabilizar a venda célere dos pontos comerciais de certa massa falida que sofria com a iminência de ações de despejo, adotou-se o processo cautelar para a alienação, o que abreviou o prazo de publicação dos editais de leilão. Procedendo de outra forma, o ativo da massa falida, composto basicamente pelo valor inerente aos pontos comerciais, se esvairia.

---

<sup>74</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil - Teoria Geral do Processo Civil*. v. 1. São Paulo: RT, 2006

<sup>75</sup> Ao enfrentar dificuldades, na ânsia de reverter sua situação, o empresário geralmente se submete a empréstimos e operações mais arriscadas, o que poderá acarretar no esvaziamento do patrimônio social e, conseqüentemente, na impossibilidade de se pagar os credores no momento da falência.

<sup>76</sup> “A constituição destas relações contratuais destinadas à maior eficiência de produção ou distribuição acarretam um dispêndio de tempo e/ou dinheiro para sua constituição, custos estes denominados custos de transação”. PIMENTA, Eduardo Goulart. *Teoria da Empresa em Direito e Economia*. Revista de Direito Público da Economia –RDPE, Belo Horizonte, ano 4, n. 14, abr./jun. 2006. p. 70.

### 2.3.8 O princípio da segurança jurídica.

Segundo o relatório apresentado pelo Banco Mundial, *“um procedimento pouco amigável a investidores, mas aplicado de modo consistente, deve ser preferido por financiadores a procedimentos incertos, porque fornece uma estrutura para administração de riscos através do ajuste de preço.”*<sup>77</sup>

Nesta seara, a recepção do princípio da segurança jurídica pelo nosso sistema falimentar esteve atrelada à tentativa de observância da tríade normativa (estrutura lógica, coerência interna e redação clara e precisa) no momento de elaboração do texto legal. A clara delimitação das fases do processo, com prazos preclusivos que asseguram a responsabilidade a quem os descumpre, também é positiva para a efetivação deste princípio.

### 2.3.9 O princípio da maximização dos ativos do falido.

Se em condições normais o objetivo de uma sociedade empresária consiste na maximização de seus lucros, com o advento de uma situação adversa o enfoque passa a ser no sentido de se minimizarem as perdas. O princípio ora abordado surge de acordo com esta preocupação, devendo ser observado em conjunto ao princípio da celeridade para que se obtenham resultados satisfatórios.

A maximização dos ativos do falido passa a ser um dos motes da lei 11.101/05, e os instrumentos para concretizá-la estão delineados em todo o corpo da legislação.

Inicialmente, cumpre ressaltar o disposto no artigo 140 da lei 11.101/05, através do qual se infere que a venda em bloco, por albergar o patrimônio intangível e, conseqüentemente, elevar o valor do ativo, goza de preferência sobre as outras. O disposto neste artigo deve ser analisado sob o complemento do artigo 141, II, o qual exclui as sucessões trabalhista e tributária sobre o arrematante em alienação conjunta ou separada de ativos do falido. A exclusão da sucessão sobre o arrematante, segundo Ramez Tebet, deverá minimizar as perdas decorrentes da

---

<sup>77</sup> THE WORLD BANK, *op. cit.* p. 92. trad. livre.

incerteza quanto ao valor do débito acessório<sup>78</sup>, as quais geralmente superavam o valor do próprio débito.

A observância do princípio ora abordado demanda uma análise dos custos inerentes à recuperação judicial e à falência, e dentro desta, os custos inerentes à possibilidade de venda em bloco (eventuais ações judiciais, por exemplo) e à venda em separado dos ativos; logicamente, os benefícios da opção adotada devem superar os custos decorrentes desta. Deve-se ponderar, ainda, que tais benefícios não se restringem à esfera econômica, uma vez que a manutenção da atividade empresarial, por meio da recuperação ou da alienação em bloco, assegura outros diversos interesses.

#### 2.3.10 O princípio da desburocratização da recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte.

Em decorrência do disposto no artigo 179 da Constituição Federal, a recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte foi facilitada, propiciando uma maior eficiência na solução da situação de crise da sociedade. O procedimento geral de recuperação judicial disposto na lei 11.101/05 não se compatibiliza com estas sociedades, que não suportariam os gastos de convocação da Assembléia de credores, por exemplo.

Para tanto, a Nova lei de Falências e Recuperação de Empresas disponibilizou um procedimento especial (artigos 70 a 72 da lei 11.101/05), assemelhado à antiga concordata, através do qual as microempresas e empresas de pequeno porte parcelariam o pagamento de seus credores quirografários em até 36 prestações corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de 12% ao ano, a serem pagas a partir de um prazo carencial máximo de 180 dias. Ressalte-se que o plano especial não acarreta na suspensão do curso da prescrição nem das ações e execuções por créditos não abrangidos no plano (artigo 71, par. único da lei 11.101/05).

---

<sup>78</sup> Como os arrematantes não sabiam o valor do débito pelo qual responderiam, geralmente ofereciam propostas muito baixas para a compra de ativos. A diferença entre o valor da proposta e o valor de mercado do bem superava o débito que acompanhava o ativo, gerando uma perda para a massa falida. Ver em: TEBET, Ramez. *op. cit.* p. 39



2.3.11 O princípio do rigor na punição de crimes relacionados à falência e à recuperação judicial.

A responsabilidade, junto com a transparência e a previsibilidade, constituem pontos basilares nas relações creditícias. No intuito de superar a notável impunidade que imperava sob a égide do Decreto-lei 7.661/45, a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas, em matéria de crimes falimentares, fundamenta-se nas seguintes inovações: (i) alteração do prazo prescricional, que passa a ser contado de acordo com a natureza do crime (artigo 182 da lei 11.101/2005); (ii) alteração da competência para julgar a ação penal, que passa a ser do juízo criminal da jurisdição onde tenha sido decretada a falência (artigo 183 da lei 11.101/2005) e (iii) em superação ao antigo inquérito judicial falimentar, o artigo 187 da lei 11.101/2005 confere ao Ministério Público o poder-dever de oferecer denúncia diretamente ou requisitar inquérito policial para instruí-la.

2.3.12 O princípio da participação ativa dos credores.

A estrutura organizacional disposta pela Nova lei de Falências e Recuperação de Empresas, claramente inspirada no modelo legal das sociedades por ações, adota um sistema dualista de administração, composto pelo Comitê de Credores, de existência e funcionamento facultativos, e pelo Administrador Judicial, órgão profissionalizado, de existência e funcionamento obrigatórios. Ao reforçar substancialmente o papel da Assembléia-Geral (existência obrigatória e instalação facultativa), a lei 11.101/05 situa os credores em posição preponderante nos procedimentos de recuperações, embora haja um menor relevo de sua atuação nas falências.

A atribuição de dois dos órgãos componentes do trio aos credores não é despropositada; com fundamento na legislação norte-americana, verificou-se que o reconhecimento da participação dos credores, além de otimizar a fiscalização sobre o processo, tem o condão de criar um ambiente de cooperação entre credores e devedor, o que se constitui como pré-requisito para o sucesso de qualquer plano de recuperação judicial. No entanto, a mera atribuição de poderes,

de *per si*, pode não trazer os efeitos desejados quando desacompanhada de outros elementos.

Para efetivamente se atingir a necessária cooperação no soerguimento da atividade empresarial, o devedor há de facilitar acesso a informações, que deverão ser redigidas de uma forma compreensível a todos os credores. A transparência nas atividades do devedor é pressuposto para que haja a efetiva participação dos credores no procedimento, uma vez que apenas desta forma eles poderão mensurar se os riscos inerentes ao plano de recuperação são compatíveis com os que pretendem correr. Neste sentido dispõe o relatório apresentado pelo Banco Mundial: “*A divulgação de informações básicas – incluindo relatos financeiros, dados estatísticos e fluxos de caixa detalhados – é recomendada para a mensuração de riscos.*”<sup>79</sup>

Outro ponto determinante para que a participação de determinado credor no processo seja verificada consiste na possibilidade de recebimento de seu crédito. Os credores que tiverem poucas chances de receber seu crédito, ou não se envolverão ou pouco contribuirão para a solução da situação de crise da empresa. Neste sentido, a nova lei altera a classificação dos créditos reais, que agora antecede os créditos fiscais, partindo do pressuposto de que nenhuma situação de crise empresarial pode ser solucionada sem a participação de instituições financeiras que lhe garantam liquidez.

A composição dos órgãos deliberativos preenchidos por credores é dividida em três classes, sendo vedado o tratamento diferenciado entre credores da mesma categoria; é vedada, ainda, a atribuição de substanciais favorecimentos a determinada classe em detrimento de outra. Desta forma, visa-se assegurar a imparcialidade do plano de recuperação e, conseqüentemente, a *pars conditio creditorum*.

Como afirmado no primeiro parágrafo deste item, a participação dos credores é mais efetiva nas recuperações que na falência. Pó ser doatada de um caráter institucional, é natural que a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas demande o aval dos credores para a recuperação da empresa, o que

---

<sup>79</sup> THE WORLD BANK, *op. cit.* p. 90. trad. livre

se estabelece através de um sistema negocial, fundado na barganha entre devedor e credores. Através deste sistema, o devedor se vê obrigado a negociar com seus credores para que estes aceitem os riscos inerentes à manutenção da atividade. O convencimento dos credores, entretanto, não pode se confundir com a afirmação de que a sociedade é mercadologicamente viável; os credores fazem um juízo prévio, que pode vedar a recuperação, mas quem determina sobre o acerto ou não desta decisão é o mercado, que responderá posteriormente através de lucros ou prejuízos.

### 3 A ATUAÇÃO DOS CREDORES NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

#### 3.1 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Antes que o leitor questione acerca da serventia deste tópico, cabe afirmar que nesta seção firmaremos idéias necessárias para a boa compreensão do restante deste trabalho.

Se por um lado é unânime que uma legislação falimentar adequada às demandas contemporâneas deve objetivar a criação de riquezas, a maximização do retorno aos credores e a queda da taxa de juros, por outro, deve-se ponderar acerca da adequação dos meios para se atingir referidos objetivos. Com efeito, através de uma análise calcada no direito e na economia, esta seção tem a tarefa de indagar se o comportamento dos credores – no papel de principais atores da recuperação judicial – pode ser dirigido no sentido de se salvar as empresas viáveis que experimentem dificuldades econômico-financeiras temporárias. A ferramenta que deve instrumentalizar as compreensões que seguem denomina-se análise econômica do direito.

Fruto de estudos inicialmente desenvolvidos nos Estados Unidos, a análise econômica do direito hoje consiste em um amplo movimento, sendo vista como uma nova etapa do tratamento jurídico ao poder econômico privado. A temática da AED envolve controvérsias *a priori* inconciliáveis, representadas pelo lucro, como aparente pressuposto da economia, e pela proteção aos direitos fundamentais, como pressuposto do direito. Não obstante esta divergência inicialmente insolúvel, veremos que referido modo de se pensar o direito pode ser muito proveitoso para alguns ramos da ciência jurídica.

Por se tratar de uma disciplina e não de uma compreensão unívoca da influência da economia sobre o direito, a análise econômica do direito também está sujeita a controvérsias e análises divergentes, ainda que haja unanimidade em se considerar as obras de Coase e Posner como referências obrigatórias.

### 3.1.1 O enfoque da Análise Econômica do Direito atribuído por Coase.

Já na década de 60, Ronald Coase, visto como um dos pioneiros da abordagem econômica do direito ao lado de Guido Calabresi, desenvolve um trabalho intitulado de “*The Problem of Social Cost*”, considerado como marco inicial da disseminação deste raciocínio jurídico. Coase utiliza conceitos da economia neoclássica para elaborar sua tese, tendo como pressupostos inevitáveis as seguintes considerações: (i) o modelo do *homo economicus*, no qual se considera que os indivíduos agem sempre de forma racional (confundindo-se a racionalidade com a busca pelo auto-interesse)<sup>80</sup>; (ii) ênfase nos custos como condição para as escolhas do agente econômico; (iii) o consumidor como soberano em suas escolhas, sabendo exatamente o que seria melhor para si e dirigindo a microeconomia através da lei da demanda<sup>81</sup>; (iv) a alocação de recursos no mercado seria sempre eficiente, desde que inexistissem óbices a livre circulação.

Partindo destes pressupostos, o economista norte-americano elabora o chamado “Teorema de Coase”, segundo o qual caberia ao direito, no trato das relações empresariais, reduzir os custos inerentes à regulamentação dos contratos e transações econômicas através de uma minimização de sua intervenção sobre os agentes econômicos; esta visão é predecessora da notável Escola de Chicago.

A célebre Escola de Chicago, representada pelo professor e juiz Richard Posner<sup>82</sup>, proporciona a disseminação da AED para o além mar norte-americano. Posner segue as diretrizes de Coase e fundamenta seu trabalho essencialmente sobre a concepção utilitarista, segundo a qual o êxito de determinada ação seria julgado de acordo com a magnitude da soma total de utilidade criada<sup>83</sup>. Nesta

---

<sup>80</sup> Em sentido oposto, ver: SEN, Amartya Kumar. *Sobre ética e economia*; trad. Laura Teixeira Motta; rev. Ricardo Doninelli Mendes. – São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

<sup>81</sup> Em sentido oposto, ver: GALBRAITH *op. cit.* e THALER, Richard. *Homer Simpson somos nós*. Disponível em: [http://veja.abril.com.br/160408/p\\_078.shtml](http://veja.abril.com.br/160408/p_078.shtml). Acesso em 20/08/2008.

<sup>82</sup> POSNER, Richard. *El análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

<sup>83</sup> Frise-se ainda que o utilitarismo parte do pressuposto de que o homem age movido apenas pela maximização de seu bem-estar.

perspectiva, preocupações acerca da distribuição dos bens criados não seriam pertinentes, uma vez que o mercado deveria fazê-lo de forma eficiente.

Traçando um paralelo entre as concepções de Posner e Coase, depreende-se que nesta perspectiva o papel da ciência jurídica frente à economia seria de sujeição; o direito deveria se render ao critério da eficiência, olvidando de preocupações de natureza distributiva, dado que o sistema jurídico não poderia estabelecer um comando impossível, contrário aos incentivos que determinariam o agir econômico humano.

Assim como a maioria das vertentes jurídicas, a AED não escapa de questionamentos, havendo que se apontar que da pertinência de determinadas controvérsias surgem posicionamentos mais adequados aos limites metodológicos das ciências jurídica e econômica, principalmente por respeitar as fronteiras da primeira.

### 3.1.2 A formulação de um enfoque da análise econômica do direito mais adequado aos limites metodológicos da ciência jurídica.

O enfoque da análise econômica do direito dado pela Escola de Chicago não permanece incólume por muito tempo. Com efeito, já no momento de sua elaboração teórica, Posner enfrenta fortes ataques de Oliver Williamson<sup>84</sup>, que concentra suas críticas sobre os pressupostos neoclássicos adotados pela AED, defendendo a racionalidade limitada do ser humano e a existência de considerações éticas pelo agente econômico. Williamson ressalta ainda o papel das organizações como forma de coordenar e minimizar os custos de transação dos contratos, fugindo da aceção de ausência total de regulação vigente até então.

Se em sua fundamentação teórica econômica a combinação entre Direito e Economia desenvolvida pela Escola de Chicago sofre algumas repreensões, no âmbito jurídico críticas severas não lhe são poupadas. Neste mister, os críticos

---

<sup>84</sup> WILLIAMSON, Oliver E. *Transaction Cost Economics meets Posnerian Law and Economics*. Journal of Institutional and Theoretical Economics, 149/1, 1993.

ressaltam que as divergências entre Direito e Economia<sup>85</sup> se evidenciam em diversos pontos, como: (i) o modo de avaliação das ações humanas (legalidade X eficiência); (ii) a existência ou não de uma figura intermediária (como a autoridade coatora no Direito); (iii) a definição de um sujeito visto de forma isolada (economia) ou integrada em um tecido social (direito); (iv) a oposição entre o papel de julgar (direito) ou de aprender (economia) com o passado.

Desses apontamentos conclui-se que a combinação entre ambas as ciências deve respeitar a função e, conseqüentemente, a metodologia específica de cada uma para ser frutífera.

É pertinente a citação de trecho da obra de Alexandre Ditzel Faraco e Fernando Muniz Santos que externa de forma clara a apreensão dos operadores do direito quanto a esta tendência:

*Grande parte do problema em reconhecer alguma possibilidade aplicativa à análise econômica do direito decorre da especificidade de sua vertente mais conhecida, baseada na idéia de que o princípio da eficiência deveria ser o único critério a orientar a aplicação do direito. (FARACO; SANTOS, 2005, p.43)<sup>86</sup>.*

Se a ciência jurídica tem seu enfoque por excelência dirigido aos conflitos distributivos, em especial após o século XX com o advento do constitucionalismo social, não pode olvidar das características que a individualizam, sob pena de não ser direito, mas uma mera ramificação da ciência econômica. Em atenção a este postulado, Paula Forgioni<sup>87</sup> é precisa quando afirma que a análise econômica do direito não pode ser “*paranóia nem mistificação*”, termo que traduz a opção da autora por uma posição intermediária, não filiada à adoção da AED (nos termos

<sup>85</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *Racínio Jurídico e Economia*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, out/dez, 2004. p. 137-170

<sup>86</sup> FARACO, Alexandre Ditzel; SANTOS, Fernando Muniz. *Análise econômica do direito e possibilidades aplicativas no Brasil*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 3, n.9, jan./mar.2005. p.27-61

<sup>87</sup> FORGIONI, Paula. *Análise econômica do direito: Paranóia ou mistificação?*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto (orgs.). *Diálogos constitucionais. Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 419 – 442.

coasenianos) de forma irrestrita nem filiada à supressão absoluta da utilização dos instrumentos econômicos pelo direito. Neste sentido versa também a obra de Alexandre Ditzel Faraco e Fernando Muniz Santos<sup>88</sup> quando pugna pela utilização da Análise Econômica do Direito em três situações, como se verifica abaixo.

Inicialmente é importante ressaltar que certas normas jurídicas pecam na descrição de fenômenos jurídicos ao fazê-lo de forma confusa e atabalhoada; nestas ocasiões, a utilização do instrumental da ciência econômica pode ser proveitosa, possuindo uma função meramente analítica, descurada do papel de se julgar a conduta.

Em segundo e terceiro plano, defende-se que a economia pode auxiliar o direito na tentativa de se compreender os efeitos produzidos por uma norma jurídica no mundo dos fatos. Haverá situações em que a falta de aplicabilidade do texto legal não interferirá na higidez da norma jurídica (segunda hipótese), ainda que esta verificação seja útil para a sociologia jurídica. Por outro lado, e aí reside a terceira hipótese aventada pelos autores, há uma série de normas que, por força de opções políticas, fixam objetivos, diretrizes e resultados a serem atingidos; neste caso, a verificação da correspondência prática dos propósitos assumidos pela norma condiciona sua manutenção ou não.

### 3.1.3 A pertinência da utilização de instrumentos econômicos para a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas.

A adoção da análise econômica do direito, como vimos, não tem mais o condão de propor uma teoria da justiça enquanto eficiência, mas de compreender que, em determinados casos, a não percepção de aspectos que podem ser compreendidos a partir da teoria econômica, pode ensejar incompatibilidades hermenêuticas com a determinação normativa ou impossibilidade de resolução adequada do conflito social analisado.<sup>89</sup>

Considerado o novo enfoque da análise econômica do direito, desta vez mais condizente com as diretivas constitucionais que demandam uma atuação

---

<sup>88</sup> FARACO, Alexandre Ditzel; SANTOS, Fernando Muniz. *op. cit.*

<sup>89</sup> FARACO, Alexandre Ditzel; SANTOS, Fernando Muniz. *op. cit.* p. 47.



positiva por parte do Estado, a relevância da correlação entre tais ciências ganha maiores proporções; cite-se como exemplo o conceito econômico de externalidade negativa, recorrente em situações falimentares. A externalidade negativa surge “quando uma pessoa (falido, por exemplo) se dedica a uma ação que provoca impacto adverso no bem-estar de um terceiro (credor) que não participa dessa ação, sem pagar nem receber nenhuma compensação por esse impacto”<sup>90</sup>. Se partíssemos de Coase, a melhor solução para esta falha do mercado residiria na negociação irrestrita das partes, cabendo ao Estado intervir apenas na hipótese de descumprimento dos termos negociados; neste enfoque, não caberia ao direito a tarefa de equalizar o poder dos negociantes ou fixar termos prévios ao ato negocial, uma vez que a solução final seria coerente com a relevância dada por cada um ao interesse que representasse na situação.<sup>91</sup> Como demonstrado na subseção 3.1.2, entretanto, o presente trabalho não admite o enfoque coasiano de forma irrestrita.

Nesta seara, verifica-se que, apesar de adotar a forma negocial como instrumento da decisão dos credores, a nova lei de falências não o faz da maneira imaginada por Coase. Investindo em sentido contrário, o sistema falimentar positivado na lei 11.101/05 estabelece previamente alguns critérios fixos, que não podem ser suprimidos pela negociação, tais como o prazo para pagamento de créditos trabalhistas, a equalização dos encargos financeiros e o disposto no artigo 56,§3º, *in fine*; ademais, pondere-se que em determinadas situações, indicadas na subseção 3.4.2, o direito poderá ter um papel supletivo ao resultado da negociação.

A utilização de instrumentos da ciência econômica para a correta apreensão de normas jurídicas, portanto, não pode ser descartada de antemão pelos juristas, sob pena de se perder a oportunidade de dar a máxima eficácia ao texto legal analisado. Pondere-se, entretanto, que a leitura de normas jurídicas à luz da teoria econômica não pode sucumbir aos preceitos destas; pondere-se,

---

<sup>90</sup> MANKIW, Gregory. *Introdução à economia*. 3. ed. São Paulo: Thomson, 2005. p. 204.

<sup>91</sup> A menor relevância atribuída a determinado bem sobre o qual repercutiu uma externalidade negativa implica em uma maior margem de negociação (maior propensão de disposição) do seu detentor quando fosse negociar uma indenização pela prática do ato negativo de terceiro.

ainda, que o inverso também é verdadeiro, como bem lembrado por Rachel Sztajn em texto que tem por objeto a nova legislação falimentar:

*As boas intenções do legislador requerem, contudo, que se tenha presente aspectos econômicos que ficam subjacentes às normas legais, que se respeite o critério da eficiência e que o aplicador da lei não se deixe levar por motivações ideológicas assistencialistas em que a preservação de atividades inviáveis seja deferida para atender a alguns interesses de certa parcela da sociedade civil.*(SZTAJN, 2007, p. 222).<sup>92</sup>

No que tange a lei 11.101/05, pode-se afirmar a imprescindibilidade do enfoque econômico para se extrair na íntegra os propósitos legislativos. Cotejando as três hipóteses trazidas por Faraco e Santos com o novo texto falimentar, é pertinente salientar a existência de preceitos carregados de forte conteúdo econômico (1ª hipótese), bem como a dependência da manutenção do novo sistema falimentar nacional quanto a satisfação das metas que propugna (3ª hipótese); o descolamento do Decreto-lei 7.661/45 frente a seus propósitos justificou sua revogação, por exemplo.

Retomando o final do primeiro parágrafo da seção 3.1, cabe então analisar a possibilidade de o comportamento dos credores ser dirigido no sentido da manutenção da empresa; para tanto, na próxima seção serão utilizados alguns conceitos econômicos, de modo que se possa verificar efetivamente, à luz da terceira hipótese de aplicação da AED apresentada por Alexandre Faraco e Fernando Muniz Santos, a correlação da nova legislação falimentar com o mundo dos fatos.

---

<sup>92</sup> SZTAJN, Rachel. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coords.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005 – artigo por artigo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p 222

### 3.2 A DESVINCULAÇÃO DO AUTO-INTERESSE COMO PROPÓSITO ÚNICO DA ATUAÇÃO RACIONAL. A CONTRIBUIÇÃO DE AMARTYA SEN.

Lançando mão de pressupostos bem fundamentados por Amartya Sen (ganhador do prêmio Nobel de Economia em 1998), principalmente através de sua obra intitulada de *Sobre Ética e Economia*, delinearemos alguns postulados que servirão de base para que em um segundo momento analisemos a plausibilidade de os credores se posicionarem no sentido da preservação da empresa viável.

#### 3.2.1 Abordagem engenheira e abordagem ética da Economia.

Atrelando seu trabalho à ponderações inerentes a outras ciências, Amartya Sen denota uma visão distinta da economia, o que acabou por lhe render o prêmio máximo da Economia. O raciocínio verificado na obra de Amartya Sen intitulada de *Sobre Ética e Economia* remonta, de uma forma simplificada, à origem dúplice da economia, representada por uma abordagem “ética”, de um lado, e uma abordagem atrelada a ciências exatas, de outro.

Nas palavras do economista, a origem da economia relacionada à abordagem da “engenharia”, “*caracteriza-se por ocupar-se de questões primordialmente logísticas*”<sup>93</sup>, partindo da idéia de que se os fins são previamente identificados pela maximização do auto-interesse, caberia à economia o papel de simplesmente estudar os meios apropriados a atingi-los. O comportamento humano, sob esta perspectiva, teria como base motivos simples e facilmente determináveis, uma vez que olvidaria de coisas como a boa vontade e os sentimentos morais, particularmente relacionados a vertentes éticas; por esta razão, a abordagem engenheira da economia seria essencialmente abstrata, elaborando modelos teóricos que inúmeras vezes gozariam de pouca importância prática considerável, apesar de serem aceitos como verdades gerais inquestionáveis.

No que tange a outra abordagem econômica, há o enfrentamento de duas questões cruciais para a economia, embora essencialmente éticas, a saber: (i)

---

<sup>93</sup> SEN, Amartya Kumar. *op. cit.* p. 20

“como devemos viver?” e (ii) “como promover o bem para o homem?” . A consideração destas questões amplia o âmbito da motivação humana inerente ao enfoque anterior. Com efeito, ao considerar aspectos éticos na atuação humana, esta vertente explica porque inúmeras vezes um determinado indivíduo deixa de tomar uma medida desumana para a sociedade, ainda que esta se revele ótima sob o enfoque individual; não se admite aqui que o indivíduo seja frio e impassível a ponto de ignorar os aspectos sociais decorrentes de sua ação. Esta é a posição adotada por Sen, que ressalte-se, não se propõe a afirmar que as pessoas sempre agirão da maneira que elas defendem moralmente, *“mas apenas reconhecer que as deliberações éticas não podem ser totalmente irrelevantes para o comportamento humano real.”*<sup>94</sup>

A síntese da idéia de Sen reside essencialmente no fato de que a economia não pode ser observada sob uma perspectiva unívoca e restrita, devendo adotar uma visão mais abrangente do “bem” atingido ao final da atuação do indivíduo<sup>95</sup>, sob pena de ao ignorar esse propósito mais amplo, estar se empobrecendo o papel e a capacidade preditiva da ciência econômica.

Neste sentido, Amartya Sen reconhece a importância do papel das duas vertentes atreladas à origem da economia, ressaltando, entretanto, que nenhuma pode ser afastada de antemão por quem se propõe a estudar a ciência da escassez. Desta forma, se por um lado a economia preditiva (abordagem engenheira) contribuiu de maneira significativa para a compreensão de situações que prescindem de considerações éticas através de métodos altamente técnicos, por outro lado há de se considerar que em outras tantas situações tal abordagem, por si só, foi insuficiente. O raciocínio, portanto, versa no sentido de que *“a economia, como ela emergiu, pode tornar-se mais produtiva se der uma atenção maior e mais explícita às considerações éticas que moldam o comportamento e o juízo humanos”*.<sup>96</sup>

<sup>94</sup> SEN, Amartya Kumar. *op. cit.* p. 20

<sup>95</sup> O “bem” relevante decorrente da atuação do agente econômico deveria ser considerado não apenas aquele que lhe atribuisse benefícios próprios, mas também aquele que atribuisse benefícios em termos sociais.

<sup>96</sup> SEN, Amartya Kumar. *op. cit.* p. 25

Ao analisar o pressuposto invocado pelos teóricos que se utilizam apenas do enfoque “engenheiro” da economia, Amartya Sen encontra a obra de Adam Smith como referência obrigatória destes estudiosos. Os defensores desta vertente têm uma leitura da obra de Smith que passa obrigatoriamente pelo seguinte trecho de sua obra intitulada de Teoria dos Sentimentos Morais:

*Não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro ou do padeiro que esperamos obter nosso jantar, e sim da atenção que cada qual dá ao próprio interesse. Apelamos não à sua humanidade mas ao seu amor-próprio, e nunca lhes falamos de nossas necessidades, e sim de seus interesses. (SMITH, 1776, p.26-7).<sup>97</sup>*

Partindo deste excerto da obra smithiana é que se desenvolvem as concepções da motivação humana baseada unicamente no auto-interesse, formuladas em detrimento das considerações éticas que invariavelmente acompanham os agentes econômicos.

No entanto, esta interpretação restrita da obra de Smith parte de pressupostos equívocos ao tomar um trecho da obra como o pensamento geral delineado na mesma. Neste mister, Amartya Sen ressalva que Smith repudiava qualquer tentativa de se alicerçar a salvação da economia em uma motivação única, além de lembrar que em outras partes dos escritos de Smith verificam-se observações sobre a miséria, a necessidade de simpatia e o papel de considerações éticas no comportamento humano. Neste ínterim, é pertinente a citação de um trecho da obra de Sen: “O apoio que os crentes e defensores do comportamento auto-interessado buscaram em Adam Smith é na verdade difícil de encontrar quando se faz uma leitura mais ampla e menos tendenciosa da obra smithiana.”<sup>98</sup>

Desse modo, deve-se consignar que a observância da motivação humana sob o enfoque restritivo do auto-interesse não é inquestionável como pretendem

---

<sup>97</sup> SMITH, Adam. *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*. 1776. Reimpresso em CAMPBELL, R. H. & SKINNER, A. S. (eds.). Oxford, Clarendon Press. p. 26-27.

<sup>98</sup> SEN, Amartya Kumar. *op. cit.* p. 44.

alguns, sendo apenas uma das espécies do comportamento dirigido racionalmente.

### 3.2.2 O comportamento econômico racional e o comportamento auto-interessado.

Segundo a vertente utilitarista, alicerçada no conceito de Otimalidade de Pareto<sup>99</sup>, a atuação racional de um agente econômico se confundiria com a tentativa de maximização de seu auto-interesse. A única consideração relevante ao agente, portanto, residiria na soma total de utilidades geradas pelo seu comportamento, independente da distribuição equânime dos benefícios gerados. Sob este enfoque, toda escolha econômica, por ser racional, teria como base o comportamento auto-interessado.

Os pressupostos do comportamento auto-interessado, segundo Sen<sup>100</sup>, seriam os seguintes: (i) bem-estar autoconcentrado; (ii) objetivos limitados ao próprio bem-estar e (iii) escolha orientada para o próprio objetivo. Resumindo a definição de cada qual, a primeira característica consistiria na idéia de que o bem-estar de uma pessoa depende exclusivamente de seu próprio consumo, independente de ponderações sobre terceiros; a segunda característica consiste basicamente na idéia de que a maximização do próprio bem-estar é único objetivo de um agente econômico, enquanto a última considera que seu próprio objetivo (bem-estar) é o único motor de suas escolhas.

O critério utilitarista para mensuração de eficiência da atividade realizada consistiria, portanto, na quantificação do bem-estar gerado ao agente. Aqui já surge a primeira crítica ao referido critério, dada a impossibilidade de se estabelecer uma comparação interpessoal de felicidade (bem-estar) por se tratar de conceito essencialmente subjetivo.

Em outro sentido, Sen defende a existência de uma vertente alternativa da atuação racional econômica, a qual não se reduziria à atuação auto-interessada. Não só o bem-estar, como também a chamada “condição de agente” seria

---

<sup>99</sup> A otimalidade de Pareto seria uma situação hipotética na qual seria impossível aumentar a utilidade de uma pessoa sem reduzir a utilidade de outra, uma vez que se estaria no padrão ideal de eficiência.

<sup>100</sup> SEN, Amartya Kumar. *op. cit.* .p. 96

buscada por um indivíduo ao utilizar-se de sua racionalidade para decidir. Neste sentido, motivações contrárias a maximização do interesse próprio, antes tidas como desvios de racionalidade, a partir de então podem ser assumidas como racionais (assumir esta posição pode ensejar a violação de cada um dos três fundamentos do comportamento auto-interessado em certa ação tida como racional).

No que se refere à configuração da condição de agente, é correto afirmar, sem medo de sermos hipócritas, que a atuação individual direcionada ao reconhecimento e ao respeito da capacidade de um indivíduo em estabelecer seus objetivos, comprometer-se e valores (dentre outros) deve também ser considerada como racional. Com efeito, não é desarrazoado afirmar que uma pessoa possa se sentir mais feliz pela assunção de resultados para sua família, comunidade ou grupo, ainda que o benefício decorrente deste ato não se resuma na felicidade, abrangendo também a auto-afirmação de sua condição de membro do grupo.

A superação da perspectiva unívoca da racionalidade decorre também da argumentação no sentido de que a atribuição de liberdades e de direitos, independentemente dos fins que venham ser atingidos, é importante para o indivíduo; e.g. ainda que o indivíduo X tenha escolhido A em duas oportunidades, é pertinente afirmar que tal escolha seja mais satisfatória quando tenha sido feita em detrimento de outra opção do que quando tenha sido imposta, uma vez que a liberdade torna valiosa a opção. Daí ser pertinente afirmar que a liberdade atribuída ao indivíduo pode trazer tantas ou mais vantagens (em termos de realização pessoal) quanto o que é realizado através desta condição.

A condição de agente pode ser resumida na consideração de que não só a finalidade específica objetivada através de determinada posição, como também a própria posição e os fins supremos atingidos por meio desta podem ser valorizados. Dando seqüência a este raciocínio, é lógico afirmar que os direitos e as liberdades teriam uma função intrínseca a si mesmos e não meramente um papel instrumental a assunção de determinadas finalidades individuais (utilitarismo). Amartya Sen é esclarecedor neste ponto:

*A importância de uma realização da condição de agente não reside inteiramente no aumento de bem-estar que ela pode trazer indiretamente. Por exemplo, se uma pessoa lutar arduamente pela independência de seu país e quando essa independência for alcançada a pessoa ficar mais feliz, a principal realização é a independência, da qual a felicidade por essa realização é apenas consequência.*(SEN, 1999, p.60).<sup>101</sup>

Dando cabo a este ponto, é pertinente ressaltar a constituição de quatro categorias distintas de informações sobre uma pessoa, a saber: (i) realização de bem-estar; (ii) liberdade de bem-estar; (iii) realização da condição de agente e (iv) liberdade da condição de agente.

A duplicidade verificada na atuação racional como decorrência da condição de agente ou da intensificação do bem-estar não é despropositada na obra deste economista, uma vez que está atrelada ao dualismo percebido nas formas de abordagem da economia (tratado na subseção anterior). Obviamente que a aceitação irrestrita da visão da racionalidade como auto-interesse implicaria na rejeição da concepção da motivação relacionada à ética.

Sobre esta estrutura dúplice, há que se ponderar ainda a existência de uma interdependência entre as variáveis, uma vez que é perfeitamente possível, por exemplo, haver uma variação positiva do bem-estar em razão do exercício frutífero da condição de agente. Deste exemplo infere-se que sequer a condição de bem-estar é atingida simplesmente pela atuação auto-interessada. O fato de tais variáveis serem interdependentes não significa que sejam a mesma coisa, entretanto.

Outra constatação importante reside no fato de que apesar de viger como uma verdade inquestionável, a maximização do auto-interesse como propósito único de uma atuação racional não goza de qualquer comprovação empírica, enquanto é certo afirmamos que inúmeras atividades não lograriam êxito se

---

<sup>101</sup> SEN, Amartya Kumar. *op. cit.* .p. 60.



dependessem apenas do egoísmo das pessoas. Ao negar a unicidade do comportamento auto-interessado, Sen não afirma que as pessoas sempre agirão de forma altruísta<sup>102</sup>; a verdadeira questão, segundo o autor, encontra-se na existência de motivações alternativas para a decisão racional.

Na próxima subseção passaremos do foco de análise do comportamento individual para o comportamento em grupo, a fim de estabelecer posteriormente uma possível conexão com o agrupamento de credores na Assembléia Geral de Credores.

### 3.2.3 Atuação racional em grupos.

Não é recente o desenvolvimento de teorias econômicas que intentem desmistificar as eventuais razões que motivam o comportamento de pessoas inseridas em um determinado grupo. Pelo contrário, é recorrente o questionamento dos economistas acerca de situações em que o uso da escolha orientada ao proveito próprio por parte de um conjunto de pessoas com objetivos díspares (cada qual no sentido de maximização do auto-interesse) leva a uma menor satisfação dos objetivos de cada um; cite-se como exemplo o dilema do prisioneiro.<sup>103</sup>

A análise dos possíveis comportamentos individuais nesta situação coletiva é também objeto da chamada teoria dos jogos, a qual correlaciona o comportamento de um indivíduo a atuação dos outros membros do grupo; a teoria dos jogos supõe a existência de um comportamento cooperativo em jogos com repetições finitas, argumentando que um indivíduo deixaria de se orientar pelo interesse próprio em determinada rodada a fim de que em uma próxima rodada os

---

<sup>102</sup> Amartya Sen afirma que a negativa total de comportamentos auto-interessados inviabilizaria as transações econômicas normais.

<sup>103</sup> O dilema do prisioneiro consiste na seguinte situação: imaginem-se dois prisioneiros, a serem interrogados pela prática do mesmo crime, e suponha-se que a cada um deles é dito que se confessar e delatar o outro será perdoado e o outro terá a pena máxima (por hipótese, 20 anos), enquanto que se ambos confessarem e delatarem, ambos terão a pena básica do crime (por hipótese, 10 anos). Por outro lado, se nenhum dos dois confessar, serão aplicadas penas de 5 anos para cada um, relativa ao crime mais simples (por hipótese, único que é possível demonstrar sem a confissão). O comportamento estratégico individual leva ambos os jogadores a confessarem. [...] O que ocorre é que nesse caso as estratégias individuais representam para os prisioneiros uma opção pior que o comportamento que visa à maximização da utilidade coletiva. (BAIRD, D; GERTNER, C.; PICKNER, R.; 1994, p. 48-49).

outros membros, reconhecendo sua atuação anterior, apresentassem respostas favoráveis àquela sua escolha. Deve-se frisar que sob esta perspectiva o comportamento individual teria o condão de maximizar seu próprio objetivo, ainda que por meio de um comportamento cooperativo.

O que as teorias dos jogos não explicam, no entanto, é a existência de comportamentos dirigidos no sentido do benefício do grupo como um todo - na forma de os objetivos de cada um serem mais bem atendidos - ainda que cada pessoa pudesse ter sido capaz de melhorar ainda mais a satisfação dos próprios objetivos seguindo uma estratégia diferente, dada a estratégia das outras. Como bem afirma Amartya Sen,

*O comportamento, em última análise, também é uma questão social, e pensar em termos do que “nós” devemos fazer ou qual deve ser “nossa” estratégia pode refletir um senso de identidade que encerra o reconhecimento dos objetivos de outras pessoas e das interdependências mútuas existentes.*(SEN, 1999, p. 101).<sup>104</sup>

Desta forma, o reconhecimento da interdependência de suas realizações quanto aos objetivos dos demais componentes do grupo pode dirigir a opção para o caminho mais benéfico a todos, ainda que, no altar da lealdade ao grupo se estabeleça o sacrifício de interesses essencialmente pessoais. Considerando que a opção pela lealdade ao grupo implica em uma mensuração de egoísmo e altruísmo, deve-se frisar que em determinadas relações, como as familiares, o nível de sacrifício dos interesses individuais é extremamente elevado.

Ao tratar das relações coletivas, Calixto Salomão Filho afirma que “*o aparecimento ou não da cooperação é uma função direta da existência de condições e instituições que permitam o seu desenvolvimento.*”<sup>105</sup>

Raciocinando especificamente acerca da recuperação judicial, cabe afirmar que o surgimento de uma solução cooperativa por parte dos credores é uma

<sup>104</sup> SEN, Amartya Kumar. *op. cit.* p. 101.

<sup>105</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito como instrumento de transformação social e econômica*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./mar, 2003. p. 36.

função das seguintes variáveis: (i) quantidade de informações confiáveis que eles têm acerca do pedido de recuperação e do plano posteriormente apresentado; (ii) informação acerca dos efeitos decorrentes da eventual opção pelo encerramento da empresa, (iii) nível de participação dos credores e, em menor medida; (iv) informação sobre o posicionamento dos demais credores votantes. Estes fatores podem se resumir nas características de transparência, informação e participação aos credores.

A elaboração destas condicionantes se baseia nos pressupostos tratados em seções anteriores, podendo-se afirmar que: (i) os credores não referendarão um plano de recuperação obscuro, que ponha em risco seus créditos sem plausibilidade de sucesso; (ii) apesar de aceitarmos a atuação racional em sua vertente mais ampla (abrangendo também o enfoque ético), se o agente econômico, no caso o credor, não vislumbrar os possíveis efeitos negativos de sua decisão, não enfrentará um dilema ético no ato decisório; (iii) o nível de participação dos credores em assuntos decisivos para a recuperação judicial é diretamente proporcional a sua segurança e, conseqüentemente, a sua cooperação ao plano; (iv) a motivação de um credor em exercer seu direito de voto pode decorrer da ciência de que, considerada a opção negativa pelos demais credores, seu voto poderá decidir a favor da opção que entender mais acertada.

Frise-se, entretanto, que a cooperação decorrente da concorrência destes pressupostos não se confunde com a *affectio societatis*, necessária para se constituir uma sociedade<sup>106</sup>.

O que se pretendeu demonstrar através deste ponto é que, se em uma perspectiva individual o agente econômico parte de considerações éticas para tomar suas decisões, no enfoque coletivo a relevância destas ponderações pode ganhar proporções ainda maiores. Havendo a concorrência destes pressupostos, verifica-se uma substancial mitigação do difundido conflito principiológico entre manutenção da empresa e interesse dos credores, analisado a seguir.

---

<sup>106</sup> Neste sentido: ISFER, Edson. *Sociedade de propósito específico como instrumento de recuperação de empresas*. Tese de doutorado defendida em 2006, perante o Programa de pós-graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, da UFPR.

### 3.3 A MITIGAÇÃO DO PROPALADO CONFLITO ENTRE OS PRINCÍPIOS DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E DA PARTICIPAÇÃO DOS CREDORES COMO ÓBICE A RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

Como prolegômenos, cumpre lembrar que a estrutura normativa dos princípios, ao contrário das regras admite situações conflituosas; trata-se de uma peculiaridade recorrente nestas espécies normativas, solucionável pelos devidos instrumentos que lhe são disponibilizados (ver seção 2.3). Pondere-se ainda que, dentre o rol estabelecido na seção 2.3, não há princípios dotados de uma força argumentativa prévia, na terminologia de Alexy<sup>107</sup>.

Nas linhas que seguem, apresentamos ao leitor algumas razões que concorrem para a opção delineada nesta seção do trabalho.

De início, com base nos pressupostos delineados neste capítulo terceiro e em considerações antes desenvolvidas, é correto afirmar que: (i) o sistema negocial, ainda que legalmente restrito, assume o papel central na recuperação judicial; (ii) o direito tem uma atribuição dupla de regulamentar os termos desta negociação e de, em situações excepcionais, suprimir falhas na solução adotada pelas partes; (iii) a atuação de um agente econômico não demanda a busca exclusiva por fins egoísticos para ser considerada racional; (iv) o reconhecimento da condição de agente a um indivíduo pode atribuir uma realização pessoal tão intensa quanto a finalidade a que esta condição se presta e (v) a atuação de um indivíduo imerso em determinado grupo considera os efeitos decorrentes de suas decisões para os outros componentes, dependendo de informação, transparência e nível de participação dos credores para que se componha uma identidade com a coletividade.

Partindo dessas considerações, pode-se perfeitamente formular um raciocínio lógico que culmina na desmistificação do propalado conflito principiológico anunciado por esta seção como um óbice intransponível para a recuperação judicial; por outro lado, não se deve ignorar por completo a possibilidade de haver tal embate, ainda que em menor expressividade.

---

<sup>107</sup> ALEXY, Robert. *op cit.* p.545-549.

Outrossim, ainda que se admitisse que os credores atuarão apenas em prol de seu interesse egoístico, é forçoso reconhecer que na maior parte das vezes também serão beneficiados pela manutenção da empresa, uma vez que, além de a recuperação maximizar seus retornos frente ao processo de liquidação, estes poderão continuar fazendo negócios com a empresa recuperada.<sup>108</sup>

Como argumentos que reiteram a posição adotada, há que se considerar a possibilidade de se adotar uma estratégia fundada no artigo 45, §3º<sup>109</sup> e o *quorum* necessário para a aprovação do plano de recuperação judicial. Com efeito, a nova lei estabelece como *quorum* de instalação do conclave acerca do plano de recuperação judicial a presença de credores representantes de mais da metade dos créditos de sua categoria (art. 37, §2º) para primeira convocação; o *quorum* de aprovação do plano, por sua vez, demanda uma maioria qualificada, devendo em cada uma das classes (excetuada a trabalhista<sup>110</sup>) contar com a anuência de credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembléia e, cumulativamente, que representem a maioria simples dos credores presentes (art.45, §1º). Em decorrência destes critérios legais, doutrinadores como Simionato afirmam que “a atual lei 11.101 é bastante benevolente com o devedor, no que diz respeito ao *quorum* de aprovação do plano em assembléia geral de credores.”<sup>111</sup>

Em conclusão a este ponto, consigna-se que se os credores ponderarão outros aspectos no momento da votação do plano, não se resumindo a buscar a satisfação do seu crédito a qualquer preço, a mitigação do conflito principiológico objeto desta seção é consequência lógica. Ademais, mesmo que não se adotasse a visão de atuação racional no duplo enfoque atribuído por Amartya Sen, poderíamos concluir, em função da concordância de interesses na recuperação e do baixo *quorum* exigido para a aprovação do plano, que o princípio da participação dos credores não obstaculiza a recuperação judicial.

<sup>108</sup> MUNHOZ, Eduardo Secchi. *op. cit.* p. 189.

<sup>109</sup> Por exemplo, se determinado credor manifestar seu propósito de obstaculizar a recuperação judicial, o devedor pode optar, sopesando a viabilidade da medida, pela manutenção das condições originais do pagamento deste, retirando o poder de veto deste.

<sup>110</sup> A aprovação do plano pela classe trabalhista segue o disposto no artigo 45, §2º, demandando a concordância da maioria simples dos credores presentes.

<sup>111</sup> SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. *op. cit.* p. 117.

Neste mesmo sentido versa a opinião de Paulo Cezar Aragão e Laura Bumachar:

*Por isto mesmo, sem nada conceder às críticas daqueles que não acreditam na Assembléia como novo modelo de solução de conflitos, sob o fundamento de que o egoísmo dos credores impossibilitará a preservação da empresa, andou bem o legislador ao dar força à Assembléia Geral de Credores, alterando positivamente os modelos de solução da crise das empresas e conferindo amplos poderes aos credores. (ARAGÃO; BUMACHAR, 2007, p. 116)<sup>112</sup>.*

### 3.4 OS CREDITORES COMO PRINCIPAIS ATORES DO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

Como já afirmado, a implementação de um plano de recuperação está condicionada a aprovação dos credores, quer de uma forma tácita (através da ausência de objeções, nos termos do art. 58), quer de uma forma expressa (aprovação pela Assembléia Geral de Credores, nos termos do art. 45). A anuência dos credores como pré-requisito não é despropositada, uma vez que a partir do momento em que a empresa em crise busca a tutela judicial, postulando sua recuperação, *“desvincula-se do interesse privado dos sócios e passa a ter o interesse público sobrepondo-se àquele.”*<sup>113</sup>

A discussão acerca do interesse social no direito societário advém de longa data, sendo possível identificar nesse transcurso histórico a superação da tese contratualista em prol de sua antítese institucionalista, com a subsequente ramificação desta nas vertentes publicística e integracionista, como demonstrado

---

<sup>112</sup> ARAGÃO, Paulo Cezar; BUMACHAR, Laura. *A Assembléia Geral de Credores na Lei de Recuperação e Falências*. In: SANTOS, Paulo Penalva *et al.* (coords.). *A nova lei de falências e de recuperação de empresas: Lei nº 11.101/2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 116.

<sup>113</sup> LAZZARINI, Alexandre Alves. *op. cit.* p. 95.

por Calixto Salomão Filho<sup>114</sup>; enquanto a vertente publicística equipara o interesse social ao interesse público, a segunda identifica o interesse social na busca pela manutenção da empresa, dado que esta seria a melhor forma de se atenderem os diversos interesses de credores, trabalhadores e demais envolvidos.

Sem nos atermos aos aspectos procedimentais levantados por Calixto Salomão Filho (tratados na subseção 2.3.1), deve-se ponderar que a distinção entre interesse social e interesse público é mitigada quando a empresa postula sua recuperação judicial, o que não retira a particularidade de cada qual, entretanto. Desta forma, considerando que com a postulação da recuperação judicial a maioria dos interessados no soerguimento da atividade compõem o conclave, o interesse social passa a albergar outros elementos, que devem versar no sentido de manutenção da atividade empresarial viável.

A antiga lei de falências, em seus artigos 122 e 123, já previa a possibilidade de os credores se reunirem em assembléia para que deliberassem acerca das formas de liquidação do ativo. A aplicação prática deste instituto, no entanto, foi um fracasso, uma vez que os credores raramente se interessavam em deliberar acerca do desconhecido, que dificilmente lhes alteraria a possibilidade de recebimento dos créditos. Se sob a égide do Decreto-lei 7.661/45 a Assembléia de Credores era considerada um ponto fraco, com o advento da lei 11.101/05, este instrumento deliberativo assume o papel central, sendo dotado de um amplo rol de competências. Some-se a isto a preocupação da reforma do texto falimentar brasileiro no sentido de disponibilizar um modelo preocupado com as diretivas de participação, informação e transparência. Justamente em decorrência destas diretivas, cabe ressaltar que, não obstante a ojeriza às instituições financeiras no Brasil, a elevação da ordem de recebimento dos créditos reais pode ser positiva

---

<sup>114</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Recuperação de empresas e interesse social*. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coords.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005 – artigo por artigo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 43-57.

ao estimular a participação dos bancos no processo de soerguimento da atividade empresarial<sup>115</sup>.

Neste íterim, Jorge Lobo ainda destaca a possibilidade de se tomarem decisões relevantes, que afetem determinados credores, contra a sua expressa manifestação de vontade ou sem sua formal aquiescência, o que encontraria respaldo na teoria do esforço compartilhado e no princípio da equidade<sup>116</sup>. Os credores ausentes na deliberação, em virtude da inexigibilidade de comparecimento de todos os interessados, podem ser afetados pelas decisões tomadas em Assembléia após o processo de negociação com o devedor (havendo que se ponderar o limite imposto pelo art. 56, §3º).

No desenrolar das negociações, cabe ao devedor identificar a *zona de barganha* dos credores, equacionando perdas compatíveis para cada classe<sup>117</sup>, uma vez que se parte do pressuposto de que a decretação da falência intensificaria os prejuízos de todas as partes. Pode-se dizer que a nova lei estabelece uma justa divisão de riscos, a ser moldada através da negociação entre credores e devedor.

Antes de prosseguirmos nas razões determinantes para a opção pela Assembléia Geral de Credores, deve-se questionar se a celeridade inerente a este novo modelo de habilitação dos créditos está acompanhada de uma segurança na verificação da idoneidade dos mesmos. No que atine a temática, a nova lei assegura o direito de voto aos credores antes da mensuração exata de seu direito creditício, o que pode ensejar inclusive uma constante alteração do quadro de votantes<sup>118</sup>; o ganho de tempo, neste caso, deve ser compensado por uma atuação correta do administrador judicial, que deverá exigir os documentos

---

<sup>115</sup> Inúmeras são as atividades empresariais que demandam apenas uma injeção de recursos para se tornarem rentáveis.

<sup>116</sup> LOBO, Jorge. *O princípio da equidade na "lei de recuperação de empresa"*, publicado no informativo Migalhas, nº 1.117, 01.03.2005.

<sup>117</sup> MOTONAGA, Alexandre. *A negociação e a nova legislação falimentar: a construção de um novo paradigma*. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de. (coord.). *Direito Falimentar e a nova lei de falências e Recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 703-720.

<sup>118</sup> Neste sentido, ver julgamento de Agravo de Instrumento no qual foi deferido efeito ativo (alterável a qualquer tempo) para que o agravante pudesse participar de votação em processo de recuperação judicial. BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. AI n. 497649-0. Órgão Julgador: 17ª. Câmara Cível. Relator: Des. Fernando Vidal de Oliveira. Julgado em 05/09/2008. Disponível em [www.tj.pr.gov.br](http://www.tj.pr.gov.br). Acesso em 22/09/2008.



comprobatórios de cada crédito pleiteado, sem admitir o valor apresentado pelo devedor ou pelo credor como uma verdade absoluta. No exercício do papel de *longa manus* do juízo, o administrador judicial deve ser escolhido com base em critérios rigorosos, sob pena de sua atuação desvirtuar o propósito da recuperação judicial.

Ressalte-se ainda que o poder deliberativo dos credores não deve se constituir como fator de desequilíbrio da relação negocial estabelecida entre eles e o devedor. Neste sentido, cumpre lembrar que o *quorum* de deliberação não é excessivo, que apenas os credores que tenham alteradas as condições originais de seu pagamento detêm direito de voto e que o devedor goza de prerrogativas inerentes ao *stay period* e à sua permanência no timão da atividade empresarial.

#### 3.4.1 As razões para atribuição desta função aos credores.

Através da coleta de argumentos de diversos doutrinadores e dos elementos trazidos nas seções anteriores, estabeleceu-se uma série de ponderações consideradas determinantes para se justificar a opção legislativa pela modelação do papel dos credores na recuperação judicial.

A título de argumentação prévia ao fundamento principal, é necessário ponderar que, tendo em vista a aproximação do interesse social frente ao interesse público no momento em que se postula a recuperação judicial<sup>119</sup>, os credores, na qualidade de maiores interessados na definição da fase crítica, não podem ter seu direito ao contraditório suprimido, sob pena de se incorrer nos mesmos erros do contraditório instrumento da concordata (remetemos o leitor à seção 1.2).

Como argumento central, traçado em paralelo a análise econômica do direito e aos custos de transação, há que se ponderar o raciocínio que segue. O empresário postula sua recuperação judicial quando nota a impossibilidade de

---

<sup>119</sup> Fala-se nesta aproximação em razão do fato de que a deliberação dos credores na recuperação judicial não se confunde com a deliberação dos sócios em condições normais da empresa. O que era poder de controle externo, com a recuperação judicial se internaliza, e o que representava interesse público é em parte recepcionado pelo interesse social que se demonstra nestas deliberações. Neste sentido: MUNHOZ, Eduardo Secchi. *op cit.* p. 187 afirma que “os interesses externos, no momento da crise da empresa, passam ao primeiro plano, ao lado dos internos.”

solucionar a situação de dificuldades econômico-financeiras em seu empreendimento sem o auxílio judicial; o momento de entrada do pedido de recuperação judicial é determinante para seu sucesso, embora suceda negociações infrutíferas e prejudiciais feitas pelo empresário já em situação de desespero (externalidades negativas se iniciam). No intuito de acautelar os credores acerca dos iminentes danos a seu patrimônio (direito creditício) é que o legislador atribui a eles o poder de decidir sobre o futuro do empreendimento. Como os credores são os maiores beneficiários/ prejudicados, não tomarão as mesmas medidas arriscadas e inconseqüentes do criador das externalidades negativas (devedor). Com isto não se quer afirmar a má-fé do devedor, mas é lógico que o nível de risco empregado nas operações é inversamente proporcional as possíveis repercussões negativas que ela trará. Estando o devedor em posição mais isenta que a futura massa falida subjetiva, é natural que adote estratégias mais arriscadas, que, uma vez mal sucedidas, prejudicam apenas o patrimônio dos credores.<sup>120</sup> A aplicação dos artigos 129 e 130 é um exemplo de resolução de externalidades negativas pelo direito.

Acrescente-se a isto, a título de terceiro argumento, as ponderações de Amartya Sen, Erasmo Valladão e N. França no que atine os comportamentos coletivos, tais como a Assembléia de credores. Partindo dos pressupostos alicerçados por Sen, observou-se neste trabalho que a atuação humana racional não está vinculada somente a incessante busca pelo auto-interesse, havendo também considerações éticas por parte dos indivíduos. Por outro lado, não só a condição maximizadora de bem-estar, como também o reconhecimento da chamada condição de agente seria cara aos agentes econômicos. Daí podermos ter concluído pela mitigação do conflito principiológico delineado na seção 3.3 e, conseqüentemente, podermos concluir pela possibilidade de se formar um grupo de credores que delibere de acordo com o espírito da lei, recuperando as empresas viáveis.

---

<sup>120</sup> Neste raciocínio, parto do pressuposto de que quando uma sociedade enfrenta uma situação difícil, seu patrimônio é suficiente apenas para satisfazer alguns credores. Desta forma, o devedor não perderia nada formulando estratégias mais arriscadas, uma vez que se bem-sucedido, este plano o devolveria a possibilidade de aferir lucros. Obviamente que não se trata de uma situação aplicável a todas as situações, mas deve ser considerada.

Mais especificamente quanto à assembléia de credores, Valladão e França estabelecem critérios aptos a proporcionar a composição de uma finalidade comum, a saber: (i) a comunicação; (ii) a defesa ao direito de manifestação pelos partícipes e (iii) a correta coleta dos votos e proclamação da deliberação social<sup>121</sup>. Tendo em vista que o surgimento da comunhão de interesses (cooperação) é função de variáveis como transparência, nível de informação e participação, remete-se o leitor à subseção 3.2.3 para reafirmarmos que é recorrente a opção de indivíduos pelo sacrifício de interesses individuais em prol de interesses coletivos<sup>122</sup>. Em havendo a composição de uma identidade entre o credor e o colegiado, o que é pretendido pela legislação, a opção adotada pela reforma legislativa torna-se facilmente justificável.

Como conclusão parcial dos últimos dois argumentos, pode-se perceber que além de proteger os maiores interessados, evitando a maximização das externalidades negativas, a opção advinda da reforma legislativa possibilita de fato a recuperação das empresas viáveis. Tendo em conta que, uma vez observados os pressupostos acima delineados, no momento do voto os credores ponderarão quanto aos efeitos de sua decisão sobre a esfera dos demais, considerando ainda que a recuperação poderá também trazer benefícios individuais para cada votante, os interessados só deixarão de referendar um plano de recuperação se este se mostrar inviável. Desta forma, o instituto da assembléia de credores foi moldado no intuito de atender ao espírito da lei, havendo que se considerar, entretanto, que a utilização desvirtuada do poder de voto pelos credores demanda soluções distintas (vide subseção 3.4.3).

Em quarto lugar, faz-se mister atentar para a importância do crédito no sistema capitalista, podendo-se inclusive afirmar que neste instrumento reside a variável mais importante do desenvolvimento do sistema. Sendo assim, ao

---

<sup>121</sup> VALLADÃO, Erasmo; N. França. *Da assembléia-geral de credores*. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coords.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005 – artigo por artigo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 186-218.

<sup>122</sup> Frise-se novamente que esta cooperação atingida não se confunde com a *affectio societatis*. Ver em: ISFER, Edson. *op. cit.*

assegurar o direito de manifestação dos credores, a lei 11.101/05 é precisa em seu intuito de estabelecer uma proteção jurídica do mercado<sup>123</sup>.

Como quinta consideração aparece o argumento atrelado à concepção de direito formulada por Nozick<sup>124</sup>, segundo a qual uma pessoa poderia empenhar-se por qualquer coisa que lhe aprouvesse, desde que com isso não violasse as restrições deontológicas que o impedem de interferir nas atividades legítimas de outra pessoa. Desta forma, o indivíduo seria livre para se empenhar por seus interesses, sem nenhum outro impedimento. Por outro lado, é preciso reconhecer que a existência desses direitos não implica no reconhecimento de que seria eticamente apropriado exercê-los por meio do comportamento egoístico. A existência de um direito como esse serve de óbice para que outras pessoas não impeçam esse indivíduo caso ele decida buscar a maximização de seu auto-interesse, ainda que isso não seja razão para que ele realmente se empenhe em prol do interesse egoístico.

Aplicando este argumento em defesa da atuação dos credores, verifica-se que a atribuição do direito de voto aos credores pode encontrar fundamento na criação de um empecilho a terceiros que eventualmente tentem tolher sua atuação no soerguimento da empresa. Ademais, o fato de haver tal direito não significa que será exercido exclusivamente em prol do auto-interesse. Em outros termos, a lei 11.101/05, ao reconhecer o direito deliberativo dos credores, acabou por assegurar sua participação no processo de recuperação, uma vez que tal direito não poderá ser suprimido por nenhuma das partes envolvidas; ao fazê-lo, a nova legislação falimentar não objetivou por certo atribuir um poder abusivo aos credores, sendo que ao agir desta forma o credor poderá ser impelido pelos órgãos competentes.

Outro ponto relevante, notado por Marcelo Bertoldi e Marcia Carla Pereira Ribeiro, consiste no pressuposto de que ao atribuir um poder fiscalizatório aos

---

<sup>123</sup> Neste sentido, Marcelo Bertoldi e Marcia Carla Pereira afirmam que: “o foco primordial da nova lei deixa de ser a satisfação dos credores e se desloca para um patamar mais amplo: a proteção jurídica do mercado, o qual, desenvolvendo-se de modo sadio, potencialmente atua em benefício da sociedade como um todo e do crescimento econômico do país.” (BERTOLDI, Marcelo M; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. Curso Avançado de direito comercial. 4. ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p.471)

<sup>124</sup> NOZICK, R. *Anarchy, state and utopia*. Oxford, Blackwell, 1974.

credores, a lei 11.101/05 deve evitar a utilização do instituto da recuperação judicial para fins fraudulentos<sup>125</sup>, como era recorrente sob a égide do Decreto-lei 7.661/45; além desta atuação positiva por parte dos credores, o seguinte elemento pode ser conjecturado. Caberá ao devedor que apresente um plano sabidamente viável maximizar as informações aos credores, tendo em vista que isso repercutirá positivamente na aprovação do plano; planos de recuperação judicial obscuros, que alberguem atos fraudulentos, em razão de sua falta de transparência e participatividade terão menores chances de serem aprovados.

Com este tópico não se quer pugnar pela utilização da nova lei de falências como um instrumento a serviço único da satisfação dos credores. Como já afirmado, com o advento da lei 11.101/05, objetivou-se a superação do dualismo pendular, para que, finalmente o sistema falimentar possa atingir propósitos mais amplos. No que atine a recuperação judicial, no entanto, a reforma do texto falimentar atendeu aos anseios de que se a recuperação judicial se fará às expensas de recursos dos credores (supondo a provável insuficiência do patrimônio do devedor), deve, por óbvio, contar com o aval destes, sem que esta necessária anuência implique em um óbice à manutenção da empresa viável.

#### 3.4.2 Aspectos gerais acerca da Assembléia Geral de Credores e ponderações ao poder de voto dos credores.

A Assembléia Geral de Credores, como se denota do arranjo legal, é um órgão de existência facultativa e instalação obrigatória; trocando em miúdos, o procedimento de recuperação judicial pode dispensar a convocação do conclave se inexistir objeções ao plano, mas uma vez verificadas as objeções, a instalação do órgão torna-se obrigatória.

O modelo delineado na lei 11.101/05, a exemplo da lei das S/A, é composto por três órgãos, a saber: administrador judicial, assembléia geral de credores e comitê de credores. Apesar de a assembléia geral de credores assumir um papel relevante, podendo deliberar acerca da necessidade de criação do comitê de

---

<sup>125</sup> BERTOLDI, Marcelo M; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso Avançado de direito comercial*. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 504.

credores, por exemplo, não goza de status hierárquico superior ao administrador judicial; nesta seara, ressalta-se o veto apostado à alínea c do inciso I do artigo 35, que atribuía ao órgão creditício o poder de destituir o administrador judicial.

Embora possua uma posição equivalente ao administrador judicial, a Assembléia Geral de Credores, por força do modelo negocial implementado pela reforma legislativa, deve ter suas decisões respeitadas pelo juízo, desde que observados os dispositivos legais; neste sentido, cabe lembrar que o poder dos credores não se sobrepõe às normas legais e embora possam ser firmados acordos contrários à lei, o Poder Judiciário e o Ministério Público não estarão obrigados a referendar este ato.

O direito de voto atribuído aos credores não é absoluto, sendo necessário observá-lo à luz dos princípios expostos, bem como da teoria dos negócios jurídicos.

Francisco Amaral define como negócio jurídico “*a declaração de vontade privada destinada a produzir efeitos que o agente pretende e o direito reconhece.*”<sup>126</sup> O direito brasileiro, por meio do Código Civil de 2002 acolhe expressamente a figura do negócio jurídico como categoria geral que alberga as declarações de vontade destinadas a atingir relações jurídicas. Por ser o voto uma declaração de vontade apta a produzir efeitos pré-ordenados, é natural que se apliquem a esta matéria os dispositivos previstos na Parte Geral, Livro III, Título I do Código Civil.

Não obstante a inexistência de qualquer restrição da lei 11.101/05 ao poder de voto dos credores, bem como a inexistência de uma disciplina geral das invalidades relativas a Assembléia-Geral de Credores, vislumbra-se nas obras de Mauro Rodrigues Penteado<sup>127</sup> e Erasmo Valladão e N. França<sup>128</sup> argumentos no sentido de se justificar a utilização de dispositivos do Código Civil, a fim de

---

<sup>126</sup> AMARAL, Francisco. *Direito Civil – Introdução*. 5. ed. rev., atual. e aum. – Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 371.

<sup>127</sup> PENTEADO, Mauro Rodrigues. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coords.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005 – artigo por artigo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 57-143.

<sup>128</sup> VALLADÃO, Erasmo; N. França. *op. cit.*

solucionar invalidades ocorridas nos negócios jurídicos que envolvam atos da recuperação judicial. (artigos 166 e ss. do Código Civil).

Cientes de que a invalidade compreende a nulidade e a anulabilidade, diferindo da ineficácia, cabe neste momento do trabalho conjecturar acerca das possibilidades de aplicação destes conceitos à realidade estabelecida pela Nova lei de falências e Recuperação de Empresas. Nesta árdua tarefa, Valladão e França iniciam pela distinção entre vícios do voto (denota uma delimitação ao poder dos credores), vícios das deliberações e vícios da Assembléia, que serão objeto dos próximos parágrafos.

#### 3.4.2.1 Vícios do voto.

Iniciando pela primeira categoria, os autores defendem que o vício do voto só acarretará na invalidade da deliberação “*se for determinante para a formação da maioria.*”<sup>129</sup> Desta forma, os vícios do voto, que podem decorrer tanto de situações previstas pelo rol exaustivo do artigo 166 do Código Civil quanto das hipóteses delineadas no artigo 171 do Código Civil, não implicam necessariamente em uma anulação do ato deliberado. Dentre as situações que podem ensejar a invalidade do voto na Assembléia Geral de Credores, destacam-se os incisos III, IV, V, VI e VII do artigo 166, o inciso II do artigo 171, bem como a proibição de voto e o conflito de interesses.

Quanto aos incisos constantes do artigo 166 do C.C, sua inobservância enseja a nulidade absoluta do ato, pelo que um credor que não tenha seu direito reconhecido no quadro de credores e vote na assembléia, por exemplo, poderá ver a nulidade de seu ato reconhecida a qualquer tempo. No que tange a aplicação do disposto no inciso II do artigo 171, podem surgir dúvidas quando uma situação puder ser enquadrada também na moldura legal do inciso VI do artigo 166 do CC; em uma situação na qual o credor, em conluio com o devedor, apresente um valor de crédito irreal, é perfeitamente possível que o julgador utilize qualquer um destes fundamentos legais, o que pode implicar em efeitos substancialmente distintos em termos de prazo e legitimidade.

---

<sup>129</sup> Idem. Ibidem .p. 191

Valladão e França, ao discorrerem sobre a proibição de voto como uma das modalidades de vícios do voto, relembram dois princípios basilares, a saber, a vedação do negócio consigo mesmo e a vedação de que uma pessoa julgue seus próprios atos; referidos princípios justificariam a impossibilidade, por exemplo, de um credor deliberar acerca da manutenção de um contrato consigo mesmo no decorrer da recuperação judicial. Os autores discorrem também sobre a modalidade de vício de voto percebida no conflito de interesses entre credor e devedor. Nesta seara, a análise do conflito de interesses deve ser formulada em cada caso, determinando - se pertinente - a supressão do direito de voto ou a obrigatoriedade de fundamentação do voto por parte do credor eivado de suspeição; cite-se como exemplo a situação de um credor que tivesse interesse na substituição de seu agente ou distribuidor para transferir a função a outro, ou a situação de um credor que tivesse interesse na falência de seu devedor a fim de retirar um concorrente do mercado. Por óbvio que a posição suspeita dos credores em ambos os exemplos não permite que se anteveja com total precisão a direção abusiva do voto, mas pode justificar a adoção de medidas profiláticas para que o abuso não prepondere.

Ao discorrer sobre o assunto, o relatório do Banco Mundial é preciso ao dispor que “*o sistema falimentar também deve se resguardar contra credores que tiverem o objetivo de utilizar a iminência na decretação da quebra como um mecanismo de extorsão contra empresas viáveis.*”<sup>130</sup>

Há que se ponderar, ademais, sobre os atos praticados com abuso de poder, podendo-se encontrar subsídios em textos legais que não venham de encontro às determinações da nova lei falimentar. Neste sentido, Mauro Rodrigues Penteado<sup>131</sup> nota a possibilidade de aplicação do disposto no artigo 117 da lei das S/A (lei 6.404/ 1976)<sup>132</sup>, bem como dos artigos 20 e 21 da lei de repressão às

---

<sup>130</sup> THE WORLD BANK, *op. cit.* p. 105. trad. livre.

<sup>131</sup> PENTEADO, Mauro Rodrigues. *op. cit.* p. 75

<sup>132</sup> BRASIL. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as sociedades por ações. Diário Oficial da União, Brasília, suplemento, 17 de dezembro de 1976.



infrações contra a ordem econômica (lei 8.884/94)<sup>133</sup>; ressalte-se novamente que a recepção destes artigos só se fará na parte que não contrarie os dispositivos da lei 11.101/2005.

#### 3.4.2.2 Vícios das deliberações.

A nova lei não trata especificamente da matéria, dispondo apenas de uma forma abstrata, em seu artigo 39, §3º que “*as deliberações da assembléia geral não serão invalidadas em razão de posterior decisão judicial acerca da existência, quantificação ou classificação de créditos*”. Na verdade, este dispositivo tem o condão de tornar coerente o sistema de habilitações de crédito da nova lei com o modelo de atuação da assembléia geral de credores.

Apesar do silêncio legal a este respeito, por força do disposto nos artigos 1.078, §3º e §4º e 48, parágrafo único do Código Civil, Valladão e França teorizam no sentido de que uma vez notada a invalidade na assembléia, em regra haveria o reconhecimento da anulabilidade, e não da nulidade da mesma<sup>134</sup>. Referido posicionamento tem como respaldo a necessária estabilidade das decisões assembleares, que estarão sujeitas, ainda assim, a um prazo de anulação de 2 anos, conforme o disposto no artigo 179 do Código Civil.

#### 3.4.2.3 Vícios da Assembléia.

Ao tratar deste ponto, Valladão e França são reticentes, elucubrando acerca da aplicação do prazo relativo às anulabilidades ou do regime das nulidades, que não convalesce em tempo algum. Os vícios que podem determinar a invalidade da assembléia são basicamente a irregularidade na convocação e na

---

<sup>133</sup> BRASIL, Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, suplemento, 13 de junho de 1994.

<sup>134</sup> VALLADÃO, Erasmo; N. França. *op.cit.* p.193-194

instalação<sup>135</sup>, que devem acarretar – segundo argumentação dos autores em prol da estabilidade das determinações assembleares – na anulabilidade, tendo em vista o disposto no artigo 286 da Lei das S/A. Este entendimento impediria, por exemplo, que uma recuperação judicial bem sucedida pudesse ser invalidada após diversos anos em razão da percepção tardia de que uma nulidade (que não convalesce com o tempo) na convocação da Assembléia em que se deliberou sobre a aceitação do plano teria eivado todo o processo.

#### 3.4.2.4 Considerações gerais.

Ponderados os argumentos acima expostos, verifica-se que a atuação dos credores não está isenta da fiscalização empreendida pelos órgãos competentes, devendo respeitar também o disposto no artigo 422 do Código Civil. Tendo em vista que as diferenças entre nulidades e anulabilidades implicam resultados práticos substancialmente diversos, as considerações acerca dos vícios de voto devem ser ponderadas em cada caso; a incerteza quanto ao enquadramento de determinado ato no inciso II do artigo 171 do CC ou no inciso VI do artigo 166 do CC, por exemplo, pode condicionar alterações de prazo e de legitimidade da parte habilitada a argüir a invalidade.

Enquanto a anulabilidade só pode ser alegada pelo interessado, respeitando um prazo determinado em lei, a nulidade pode ser verificada *ex officio*, de modo que a amplitude de legitimidade que traz consigo pode proporcionar uma atuação pró-ativa não só do juiz, como também do Ministério Público; ademais, há que se considerar que a nulidade não convalesce em tempo algum. Neste aspecto, a omissão da nova lei de falências é negativa, dado que a necessidade de uma atuação positiva dos órgãos supramencionados é indispensável em determinadas situações. Por outro lado, deve-se frisar que a estabilidade das determinações assembleares é também um valor merecedor de

---

<sup>135</sup> O Tribunal de Justiça do Paraná já decidiu pela decretação de nulidade de Assembléia que não tenha observado o prazo de convocação e a forma prescrita em lei. Ver em: BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. AI n. 327929-0. Órgão Julgador: 18ª. Câmara Cível. Relator: Des. Renato Naves Barcellos. Julgado em 31/01/2007. Disponível em [www.tj.pr.gov.br](http://www.tj.pr.gov.br). Acesso em 22/09/2008.

considerações, não se podendo adotar posições que o suprimam integralmente. Finalizando esta questão, pode-se argumentar que a solução mais adequada deve ser pensada em um ponto intermediário, que ao mesmo tempo respeite a estabilidade das determinações assembleares - através da atribuição de um prazo máximo para sua invalidade - e atribua a legitimidade ao Poder Judiciário e ao Ministério Público para questionarem certas medidas tomadas.

### 3.4.3 Atuação do Poder Judiciário e do Ministério Público.

Partindo da estrutura modelada pela nova lei de falências e dos argumentos antes expostos, é correto afirmar que uma vez satisfeitos os requisitos necessários para a criação de um ambiente cooperativo, a atuação dos credores pode ser dirigida no sentido pretendido pela legislação. O ambiente cooperativo aliado ao pressuposto de que os credores também partem de aspectos éticos ao decidir ainda não garante, entretanto, a completa defesa deste sistema frente a decisões abusivas; há que se considerar que eventuais desvios, como os demonstrados no item 3.4.2.1, podem de fato ocorrer, cabendo então verificar as formas de se debelar os efeitos negativos decorrentes de um posicionamento deturpado por parte dos credores.

Ao mesmo tempo em que se inspirou na flexibilidade do modelo negocial delineado no *Chapter 11* da *Bankruptcy Law* norte-americana, a nova lei de falências e recuperação judicial também se utilizou de estruturas rígidas, considerando a assertiva de que “*em sistemas judiciais fracos a fixação de direitos deve ser mais forte para compensar as ineficiências das cortes.*”<sup>136</sup> Disto, pode-se concluir que o intuito do novo modelo falimentar é o de reduzir a atuação do Poder Judiciário, a fim de que não se repitam alguns dos erros do passado.

No entanto, deve-se considerar que a mitigação do papel do judiciário não implica no reconhecimento de que lhe cabe apenas o ato de homologar o acordo celebrado entre devedor e credores; se por um lado é certo que descabe ao Poder

---

<sup>136</sup> CLAESSENS, S.; KLAPPER, L. *Bankruptcy around the world-explanations of its relative use*. Disponível em <http://worldbank.com>, consultado em julho de 2008, p. 10. trad. livre.

Judiciário adentrar no mérito da deliberação<sup>137</sup>, por outro, é de relevância extrema que verifique a regularidade do acordo sob aspectos legais e procedimentais. Ao tratar do assunto, Eduardo Secchi Munhoz defende que o papel do juiz deve ainda albergar (i) uma atuação mais ampla no exercício do *cram down* (o que é questionado por doutrinadores como Calixto Salomão), bem como (ii) atingir situações nas quais se verifica um conflito de interesses entre o credor votante e a manutenção da empresa<sup>138</sup> (como exemplificado no item 3.4.2.1). A estas hipóteses, partindo do recente posicionamento dos Tribunais, é possível acrescentar que também cabe ao Poder Judiciário (iii) propiciar as condições para implementação do plano de recuperação (dispensando a exigência do artigo 57, por exemplo), bem como (iv) assegurar a possibilidade de oferecimento de um segundo plano de recuperação quando se tratar de uma empresa *importante e relevante*<sup>139</sup> no âmbito social. (Neste sentido, ver decisão do TJ/SP no Agravo de Instrumento nº 461.740-4/4-00, que permitiu a abertura de prazo para apresentação de novo plano de recuperação pela Parmalat, vez que o primeiro havia sido negado pela Assembléia<sup>140</sup>).

Para o correto exercício dos quatro poderes acima relacionados o Poder Judiciário, a exemplo de São Paulo e Rio de Janeiro, deve contar com uma especialização na matéria falimentar. Considerando que decisões provenientes de julgadores despreparados em matéria falimentar ocasionam efeitos extremamente negativos, pode-se afirmar que a reforma da legislação falimentar andou bem ao delimitar o âmbito de atuação jurisdicional, vedando sua interferência quanto ao juízo de viabilidade do plano de recuperação empresarial.

<sup>137</sup> Neste sentido: BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. AI n. 561.271-4/2-00. Órgão Julgador: Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças. Julgado em 30/07/2008. Disponível em [www.tj.sp.gov.br](http://www.tj.sp.gov.br). Acesso em 22/09/2008. “*Não compete ao magistrado apreciar a viabilidade econômico-financeira do plano, que deve ser instruído com parecer técnico de profissional habilitado, sujeito ao crivo exclusivo do conclave assemblear*”.

<sup>138</sup> MUNHOZ, Eduardo Secchi. *op cit*.

<sup>139</sup> Vide pág. 8, na qual se demonstra que a lei falimentar alemã de 1985 atribui sumária importância à manutenção de empresas importantes e relevantes.

<sup>140</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. AI n. 461.740-4/4-00. Órgão Julgador: Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças. Julgado em 28/02/2007. Disponível em [www.tj.sp.gov.br](http://www.tj.sp.gov.br). Acesso em 22/09/2008.

Apenas a título de ilustração, destaca-se o acerto da decisão interlocutória proferida em 27 de agosto de 2008 nos autos de Recuperação Judicial nº 390/2005, em trâmite perante a 1ª Vara Cível de Ponta Grossa, através da qual o magistrado, ao verificar a observância dos requisitos delineados no artigo 58, §1º, condiciona o exercício do *cram down* à juntada de demais documentos que demonstrem a incerta viabilidade do plano de recuperação de recuperação abordado<sup>141</sup>.

Enquanto o Poder Judiciário paranaense vislumbra como meta a especialização na matéria falimentar, o Ministério Público do Estado possui há anos uma seção destinada a atuar especificamente perante os processos de falência e recuperação judicial. A fim de desenvolver considerações acerca da atuação ministerial, inicialmente cabe questionar se a aposição do veto presidencial ao artigo 4º da lei 11.101/05 implicou em uma mitigação de seu papel frente aos processos de recuperação judicial e falência<sup>142</sup>.

Através de uma simples análise das razões do veto já se encontra a resposta à inquirição do parágrafo anterior, podendo-se concluir que a supressão do artigo 4º não deduziu competências do ente ministerial na matéria; o objetivo do veto foi meramente o de atribuir ao próprio Ministério Público a decisão sobre a necessidade de sua atuação ou não nos processos adjetos a falência e a recuperação judicial. Em complemento, a manutenção dos demais dispositivos legais da nova Lei de Falências (arts. 8º; 19; 22, §4º; 30, §2º; 52, V; 59, §2º; 99, XIII; 104, VI; 132; 142, §7º; 143; 154, §3º; 187, §2º e 189), bem como a aplicação dos artigos 82 e 83 do CPC e do artigo 127 da Constituição Federal, versam no sentido de que uma atuação pró-ativa do Ministério Público nos processos de falência e recuperação judicial é fundamental, estando a seu crivo a necessidade de atuação nos demais. (Neste sentido, ver decisão do TJ/PR no AI nº 347243-1,

---

<sup>141</sup> Referida decisão ainda não foi publicada em diário oficial. Disponível em [http://www.assejepar.com.br/cgi-bin/det\\_fase\\_consulta.asp?data=23/09/2008&txt\\_fase=RELAÇÃO%20Nº%200089/2008&pro\\_id=50978&fas\\_seq=341&cbo\\_comarca=003&cbo\\_cartorio=11](http://www.assejepar.com.br/cgi-bin/det_fase_consulta.asp?data=23/09/2008&txt_fase=RELAÇÃO%20Nº%200089/2008&pro_id=50978&fas_seq=341&cbo_comarca=003&cbo_cartorio=11). Acesso em 24/09/2008.

<sup>142</sup> O artigo 4º, vetado pelo presidente da república, dispunha que “O representante do Ministério Público intervirá nos processos de recuperação judicial e de falência. Par. único. Além das disposições previstas nesta Lei, o representante do Ministério Público intervirá em toda ação proposta pela massa falida ou contra esta.”

que determina a desnecessidade da atuação do Ministério Público em processos adjetos sobre os quais o órgão tenha sido intimado e manifestado a ausência de interesses que justifiquem sua intervenção<sup>143</sup>).

Com o advento da Constituição de 1988 o Ministério Público teve sua competência ampliada para, a partir de então, atuar também em prol dos interesses transindividuais; como condicionantes do melhor exercício deste *mister*, o órgão ministerial goza de uma série de garantias, que lhe asseguram uma atuação imparcial e desvinculada dos outros poderes. Ao atribuir o relevante encargo de advogado da sociedade ao Ministério Público, e criar as condições para o exercício desta função, a Constituição estabelece propósitos que devem ser respeitados por todas as legislações inferiores, sob pena de se verificar uma grande incoerência interna; desta forma, a interpretação dada ao veto apostado ao artigo 4º não pode implicar no estabelecimento de limitações a atuação do órgão ministerial, sob pena de ser inconstitucional.

Ao indagar sobre o papel do Ministério Público na nova Lei de Falências, a maior parte da doutrina conclui pela importância de uma atuação pró-ativa nos processos de falência e recuperação judicial. Partindo de pressupostos distintos, Mário Luiz Ramidoff<sup>144</sup>, Mauro Rodrigues Penteado<sup>145</sup>, Frederico Augusto Monte Simionato e Márcio Souza Guimarães<sup>146</sup> concluem que o ente ministerial não se presta apenas a verificar os aspectos formais do processo, mas também a verificar a incidência de comportamentos oportunistas, desleais ou abusivos. Enquanto o primeiro afirma que o Poder Judiciário e o Ministério Público devem atuar para além da simples homologação e supervisão das recuperações e falências, Penteado e Simionato pugnam pela utilização do ente ministerial como contrapeso a decisão de credores respaldados no abuso de poder econômico; também neste

---

<sup>143</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. AI n. 347243-1. Órgão Julgador: 7ª. Câmara Cível. Relator: Des. João Domingos Kuster Puppi. Julgado em 17/07/2007. Disponível em [www.tj.pr.gov.br](http://www.tj.pr.gov.br). Acesso em 22/09/2008.

<sup>144</sup> RAMIDOFF, Mário Luiz. *Nova Lei de Falências e o Perfil Ministerial*. Cadernos do Ministério Público do Paraná. Curitiba. v. 8. n. 3. jul./set 2005. p. 1-4.

<sup>145</sup> PENTEADO, Mauro Rodrigues. *op cit*.

<sup>146</sup> GUIMARÃES, Márcio Souza. *O Ministério Público no Novo Sistema de Insolvência Empresarial. A Habilitação e a impugnação de créditos*. In: SANTOS, Paulo Penalva et al.(coords.). *A nova lei de falências e de recuperação de empresas: Lei nº 11.101/2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 31-63.

sentido versa a contribuição de Márcio Souza Guimarães, que atrela a atuação ministerial ao interesse público inerente aos processos de recuperação e falência.

Considerando como verdadeiro, pelo menos por ora, o argumento de que a promotoria está mais bem preparada em matéria falimentar que o judiciário, é correto afirmar que cabe ao Ministério Público, bem como aos credores, verificar a ocorrência das nulidades referidas na subseção 3.4.2, quando então deverá provocar o Poder Judiciário a debelá-las.

Partindo do postulado que inicia o parágrafo anterior, em conjunto com a consideração de que o princípio da manutenção da empresa não é absoluto, pode-se consignar que, tendo respaldo em dados contábeis incontroversos, cabe ao Ministério Público questionar a viabilidade de um plano de recuperação já referendado pelos credores. Atuando em prol dos interesses públicos, cabe ao Ministério Público analisar o plano de recuperação judicial, lembrando-se, entretanto que nada poderá fazer se os credores, interessados apenas na satisfação de seus créditos, optarem pela rejeição do plano.

Pondere-se ainda acerca da função de persecução penal, que ganha relevância sob a égide da nova legislação falimentar e seu artigo 187, o qual dispensa a apresentação de relatório circunstanciado para que o Ministério Público requeira a abertura de inquérito, podendo inclusive propor diretamente a competente ação penal se possuir provas suficientes para instruí-la. O papel de persecução penal aos desvios e crimes falimentares deve ser exercido com mais pujança pelo Ministério Público, para que as fraudes perpetradas sob a égide do Decreto-lei 7.661/45 não sejam repetidas.

Com estas considerações não se defende a interferência destes órgãos na hipótese de o credor objetivar a maximização de seu auto-interesse no processo de recuperação judicial; este propósito, apesar de destoar das ponderações formuladas neste trabalho, deve ser reconhecido como idôneo pelo julgador. Apenas quando demonstrado que o credor incorreu em vícios do voto (vide item 3.4.2.1) ou pautou sua decisão por interesses de outra natureza, como a eliminação de um concorrente, é que caberá a interferência sobre sua decisão.

## CONCLUSÃO

O Instituto da Recuperação Judicial de Empresas, modelado inicialmente no Capítulo 11 do Bankruptcy Code norte-americano, gozou de forte expansão na década de 80, sendo recepcionado por países como Inglaterra (1986), França (1985) e Alemanha (1985 e 1999), dentre outros. Como se não bastassem os atrasos na recepção de novas tecnologias, o Brasil, na condição de país de terceiro mundo, naturalmente teve que aguardar um pouco mais; desta forma, com um atraso de duas décadas, a recuperação judicial é recepcionada no direito brasileiro no ano de 2005, substituindo a defasada concordata.

Tendo objetivos econômicos (e.g, maximização dos valores a serem recebidos pelos credores) e sociais, a Nova Lei de Falências, como se nota no segundo capítulo, adota uma estrutura híbrida entre o modelo negocial norte-americano e o modelo rígido, atrelado a concepções sociais, estabelecido na França. Esta estrutura dual confere ao sistema falimentar nacional o poder de resguardar não só interesses particulares, representados ora pelos credores, ora pelo devedor, como também interesses mais amplos, respaldados pela preservação da sociedade viável. Nestes termos, consignamos parcialmente o fato de a Lei 11.101/2005 evitar o estabelecimento de prejuízos *a priori* para uma das partes da relação creditícia.

A incursão no sistema principiológico disposto na reforma legislativa firma a premissa de que não há uma hierarquia entre os princípios anunciados, de modo que se afasta de antemão o postulado do absolutismo do princípio da preservação da empresa. Com fundamento em uma análise correlacionada entre as máximas principiológicas, sem olvidar do entendimento jurisprudencial acerca destas normas, o capítulo segundo resulta na premissa de que – ante a inexistência de uma “força argumentativa prévia”<sup>147</sup> por parte de qualquer dos princípios delineados na Nova lei de Falências – a hipótese de conflito principiológico deve ser considerada, quando então demandará a aplicação dos instrumentos apropriados oferecidos pelo direito constitucional.

---

<sup>147</sup> Alexy, Robert. *op. cit.*



Dando seqüência lógica ao firmado na subseção 2.3.12, o capítulo terceiro recebe a tarefa de analisar a atuação dos credores no processo de recuperação judicial. Para o exercício deste encargo, a última parte do presente trabalho se aventura sobre a esfera da análise econômica do direito, propiciando a elaboração de uma conclusão parcial quanto à possibilidade de se padronizar um sistema negocial que, às avessas do teorizado por Posner, se preocupe também com a distribuição de poderes e direitos de uma forma justa. Outrossim, o incursão no âmbito da AED justifica a utilização de ferramentas e conceitos econômicos, bem como o respaldo na obra do economista Amartya Sen.

Por meio da obra de Sen reúnem-se elementos que corroboram as teses de que a atuação racional de um agente econômico não se resume na busca por interesses egoísticos. Com efeito, através da obra do referido economista, afigura-se uma ampliação da atuação racional, que se passa a considerar também (i) aspectos éticos, (ii) a chamada “condição de agente” (que se resume na importância atribuída à posição que lhe é assegurada, para além da simples assunção do objetivo) e (iii) a identidade de um agente econômico ao grupo que compõe.

O empréstimo do pensamento de Sen nos permite concluir em determinado ponto do trabalho que, se a atuação racional singular não se resume em interesses egoísticos, a atuação racional coletiva pode – observados os pressupostos que compõem uma cooperação entre os componentes do grupo (transparência, informação e participação) - implicar em comportamentos éticos ainda mais significativos, havendo inclusive sacrifícios de interesses individuais em prol do interesse do grupo.

Transpondo esta argumentação para o instituto da recuperação judicial, a seção 3.3 conclui, através de um raciocínio lógico pautado nos conceitos firmados nas seções 3.1 e 3.2 e em outros argumentos oportunos, pela mitigação do propalado conflito entre os princípios da preservação da empresa e da participação dos credores, criando a hipótese de que este embate não representa um óbice da ordem imaginada por parcela da doutrina; pondere-se, entretanto, que o conflito não é afastado, mas minimizado em sua importância.

A seqüência do trabalho finalmente envereda sobre a atuação dos credores na recuperação judicial, quando então são lançadas uma série de hipóteses que justificam a opção legislativa pela relevância do papel atribuído aos credores; como argumento central é ponderado o fato de que o direito deve ter uma atuação firme no sentido de evitar a disseminação de externalidades negativas<sup>148</sup>, verificadas, por exemplo, na situação em que um devedor – ciente de que o patrimônio social já tenha se esgotado – adote estratégias arriscadas, que, uma vez mal sucedidas, só implicarão em prejuízos aos credores. Esta opção legislativa ainda é reiterada por uma série de ponderações colhidas da doutrina mais abalizada.

Não obstante se pautar sobre a consideração de que o legislador adotou a melhor opção que lhe cabia, a presente obra não tem o propósito de ser taxada de ingênua, razão pela qual denota a possibilidade de alguns credores se utilizarem do poder de voto como instrumento de extorsão do devedor. Nesta intrincada matéria, conclui-se que na insurgência de alguma espécie de vício ao voto, à deliberação ou à assembléia, caberá ao Ministério Público e ao Poder Judiciário (este em menor importância, por uma opção estritamente legal) debelar o desvirtuamento do voto, observados o prazo e a legitimidade para fazê-lo. No exercício deste encargo, o ente legitimado inclusive poderá se valer dos dispositivos do Código Civil, da Lei das S/A. (lei 6.404/76) e da Lei de repressão às infrações contra a ordem econômica (lei 8.884/94). Nesta toada o presente trabalho analisou de forma sucinta a atuação do Poder Judiciário e do Ministério Público (ante o veto apostado ao artigo 4º) na Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas.

Como conclusão central deste trabalho estabelece-se que, acima de proporcionar um amplo número de aprovações de planos de recuperação por parte dos credores, o novo sistema falimentar deve municiar estes agentes dos instrumentos que os habilitem a analisar de forma precisa a situação da sociedade que ajuizou sua recuperação judicial; desta forma, o propósito da nova lei não deve residir na busca por números expressivos, mas sim na busca por uma

---

<sup>148</sup> Vide página 65.

correspondência entre o número de planos aprovados e o número de planos viáveis apresentados. Sem descuidar das lições do passado, a reforma do texto falimentar não pode servir de guarida a devedores ou credores mal intencionados.

Consigna-se então que a lei 11.101/2005 trouxe consigo um fio de esperança à manutenção da fonte produtiva em nosso país. Na incumbência do resguardo do referido princípio, cabe frisar que a nova lei tem sido muito invocada pelo empresariado, conforme indicam os dados que demonstram uma constante evolução no número de pedidos de recuperação judicial (Foram 87 pedidos em 2005; 212 em 2006; 219 em 2007 e 163 até agosto de 2008).<sup>149</sup> Neste mesmo período, também em razão do bom momento experimentado pela economia nacional, os pedidos de falência apresentaram uma queda consistente quando comparados a anos anteriores (Foram 25.707 pedidos em 2002; 10.026 em 2005; 3.374 em 2006; 2.332 em 2007 e 1.090 em 2008).<sup>150</sup>

Embora não se tenham dados confiáveis acerca do número de planos de recuperação aprovados pelos credores, o leitor não deve esperar números grandiosos. Considerando que o princípio da preservação da empresa não é absoluto, apenas quando houver a comprovada viabilidade do negócio o plano de recuperação será referendado pelos credores; infelizmente, tendo em vista que inúmeros são os casos em que o pedido de recuperação é proposto tardiamente, o número de empresas viáveis que pleiteiam sua recuperação não deve apresentar a mesma expressividade do número de pedidos postulados.

Considerando-se, por fim, que a chance de ver seu plano aprovado é diretamente proporcional ao nível de informação, transparência e participação que o devedor proporciona a seus credores, a recuperação judicial respaldada por interesses idôneos deve se pautar por estas condicionantes. Não se pode olvidar, ademais, que a especialização do Poder Judiciário e do Ministério Público na matéria de falências e recuperações de empresas é imprescindível para que os bons propósitos da nova legislação prevaleçam.

---

<sup>149</sup> Disponível em: [http://www.equifax.com.br/imp\\_est\\_rju.asp](http://www.equifax.com.br/imp_est_rju.asp). Acesso em 06/09/2008.

<sup>150</sup> Disponível em [http://www.equifax.com.br/imp\\_est\\_fal.asp](http://www.equifax.com.br/imp_est_fal.asp). Acesso em 06/09/2008.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Nelson. *O novo direito falimentar*. São Paulo: RT, 1985.

ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F.C. Salles de (coords.). *Comentários à lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2005.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil – Introdução*. 5. ed. rev., atual. e aum. – Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ARAGÃO, Paulo Cezar; BUMACHAR, Laura. *A Assembléia Geral de Credores na Lei de Recuperação e Falências*. In: SANTOS, Paulo Penalva *et al.*(coords.). *A nova lei de falências e de recuperação de empresas: Lei nº 11.101/2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.109-127.

ARAÚJO, Aloísio; LUNDBERG, Eduardo. *A nova legislação de falências – Uma avaliação econômica*. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de. (coord.). *Direito Falimentar e a nova lei de falências e Recuperação de empresas*. São Paulo: Quatier Latin, 2005. p.325-357.

BAIRD, D; GERTNER, C.; PICKNER, R. *Game theory and the law*. Cambridge-Massachussets-London: Harvard University Press, 1994.

BAUMAN, Zigmunt. *Globalização: As conseqüências humanas*. trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

BAVETTA, Giuseppe. *Il Diritto dell'Impresa in Crisi*, In revista *Il Diritto Fallimentare*. Milão: Casa Editrice Dott, vol. LXIII

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Curso Avançado de Direito Comercial*. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências comentada*. 4. ed. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidade Externada de Colômbia, 2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Publicada em 5 jan. 1988. Diário Oficial da União, p. 1 (anexo).

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de jan. 2002. Institui o Código Civil. Publicada em 11 de jan. 2002. Diário Oficial da. União

BRASIL. Decreto-lei 7.661, de 21 de junho de 1945. Lei de falências – revogada pela lei 11.101/2005.

BRASIL. Lei n. 11.101, de 9 de fev. 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Publicada em 9 fev. 2005. Diário Oficial da União, p. 1. Edição extra.

BRASIL. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as sociedades por ações. Diário Oficial da União, Brasília, suplemento, 17 de dezembro de 1976.

BRASIL, Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, suplemento, 13 de junho de 1994.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. AI n. 461.740-4/4-00. Órgão Julgador: Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Des. Manoel de Queiroz

Pereira Calças. Julgado em 28/02/2007. Disponível em [www.tj.sp.gov.br](http://www.tj.sp.gov.br). Acesso em 22/09/2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. AI n. 1.149.321-0/3. Órgão Julgador: 36ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Des. Palma Bisson. Julgado em 24/04/2008. Disponível em [www.tj.sp.gov.br](http://www.tj.sp.gov.br). Acesso em 28/09/2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. AI n. 561.271-4/2-00. Órgão Julgador: Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças. Julgado em 30/07/2008. Disponível em [www.tj.sp.gov.br](http://www.tj.sp.gov.br). Acesso em 22/09/2008

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. AI n. 347243-1. Órgão Julgador: 7ª. Câmara Cível. Relator: Des. João Domingos Kuster Puppi. Julgado em 17/07/2007. Disponível em [www.tj.pr.gov.br](http://www.tj.pr.gov.br). Acesso em 22/09/2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. AI n. 327929-0. Órgão Julgador: 18ª. Câmara Cível. Relator: Des. Renato Naves Barcellos. Julgado em 31/01/2007. Disponível em [www.tj.pr.gov.br](http://www.tj.pr.gov.br). Acesso em 22/09/2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. AI n. 497649-0. Órgão Julgador: 17ª. Câmara Cível. Relator: Des. Fernando Vidal de Oliveira. Julgado em 05/09/2008. Disponível em [www.tj.pr.gov.br](http://www.tj.pr.gov.br). Acesso em 22/09/2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. AI n. 327712-5. Órgão Julgador: 13ª. Câmara Cível. Relator: Des. Augusto Lopes Cortes. Julgado em 16/05/2007. Disponível em [www.tj.pr.gov.br](http://www.tj.pr.gov.br). Acesso em 22/09/2008.

CARDOSO DE MELLO, João Manuel. *O capitalismo tardio*. São Paulo: Brasiliense, 1982.

CLAESSENS, S.; KLAPPER, L. *Bankruptcy around the world-explanations of its relative use*. Disponível em <http://worldbank.com>, consultado em julho de 2008.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1999. v.3.

COMPARATO, Fábio Konder. *Problemas Jurídicos da Macroempresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

FARACO, Alexandre Ditzel; SANTOS, Fernando Muniz. *Análise econômica do direito e possibilidades aplicativas no Brasil*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 3, n.9, jan./mar.2005. p.27-61

FAZZIO JR, Waldo. *Nova lei de falência e recuperação de empresas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FORGIONI, Paula. *Análise econômica do direito: Paranóia ou mistificação?*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (orgs.). *Diálogos constitucionais. Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 419 – 442.

FRIEDMAN, David. *Direito e ciência econômica*. Revista Sub Judice – Justiça e Sociedade, Lisboa, n. 2, jan./abr 1996. p. 31- 38.

FURTADO, Celso. *Formação Econômica do Brasil*. 8. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional. 1968.

GALBRAITH, John Kenneth. *A Economia das Fraudes Inocentes. Verdades para o nosso Tempo*; trad. Paulo Anthero Soares Barbosa. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

GONÇALVES, Alfredo de Assis. *Apontamentos de Direito Comercial*. Curitiba: Editora Juruá. 1998.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

GUIMARÃES, Márcio Souza. *O Ministério Público no Novo Sistema de Insolvência Empresarial. A Habilitação e a impugnação de créditos*. In: SANTOS, Paulo Penalva *et al.*(coords.). *A nova lei de falências e de recuperação de empresas: Lei nº 11.101/2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 31-63.

HART, Oliver. *Different approaches to bankruptcy*. Disponível em <http://www.nber.org/papers/w7921>. Acesso em 05/08/2008.

HOBBSAWN, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

ISFER, Edson. *Sociedade de propósito específico como instrumento de recuperação de empresas*. Tese de doutorado defendida em 2006, perante o Programa de pós-graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, da UFPR.

KORNHAUSER, Lewis A. *A análise econômica do direito*. Revista Sub Judice – Justiça e Sociedade, Lisboa, n. 2, jan./abr 1996. p. 43-50.

KLEIN, Vinícius. *Apontamentos sobre a análise econômica do Direito*. Revista do Instituto dos Advogados do Paraná. Curitiba, n.34, dez. 2006. p. 401-413.

LAZZARINI, Alexandre Alves. *A recuperação judicial de empresas: alguns problemas na sua execução*. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, São Paulo, ano 10, n. 36, abr.-jun/2007. p. 93 – 106.



LISBOA, Marcos de Barros; DAMASO, Otávio Ribeiro; SANTOS, Bruno Carrazza dos; COSTA, Ana Carla Abrão. *A racionalidade econômica da Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de. (coord.). *Direito Falimentar e a nova lei de falências e Recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 31 – 63.

LOBO, Jorge Joaquim. *Direito Concursal: direito concursal contemporâneo, acordo pré-concursal, concordata preventiva, concordata suspensiva, estudos de direito concursal*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LOBO, Jorge. *O princípio da equidade na “lei de recuperação de empresa”*, publicado no informativo Migalhas, nº 1.117, 01.03.2005.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Racício Jurídico e Economia*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, out/dez, 2004. p. 137-170.

MACHADO, Rubens Approbato (coord.). *Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas – Doutrina e Prática*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MANKIW, Gregory. *Introdução à economia*. 3. ed. São Paulo: Thomson, 2005.

MARCONDES FILHO, Alexandre. *Exposição de motivos do anteprojeto da lei de falências in VALVERDE, Trajano Miranda. Comentários à lei de falências*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense. vol. IV.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil - Teoria Geral do Processo Civil*. v. 1. São Paulo: RT, 2006.

MARTINS, Manuel Victor. *Ronald Coase: Na Fronteira da Economia e do Direito*. Revista Sub Judice – Justiça e Sociedade, Lisboa, n. 2, jan./abr 1996. 2. ed. p. 29-30.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3. ed. São Paulo: RT, 1984. v. XXXVIII.

MOREIRA, Alberto Camiña. *Poderes da Assembléia de Credores, do Juiz e atividade do Ministério Público*. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de. (coord.). *Direito Falimentar e a nova lei de falências e Recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 247 – 277.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Reflexões a propósito dos princípios da livre iniciativa e da função social*. Revista de Direito Público da Economia –RDPE, Belo Horizonte, ano 4, n. 16, out/dez. 2006, p. 27-42.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O novo papel do Estado na Economia*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 3, n. 11. p. 99-120.

MOTONAGA, Alexandre. *A negociação e a nova legislação falimentar: a construção de um novo paradigma*. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de. (coord.). *Direito Falimentar e a nova lei de falências e Recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 703-720.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Anotações sobre os limites do poder jurisdicional*. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, São Paulo, ano 10, n. 36, abr.-jun/2007. p. 184 – 199.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coords.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005 – artigo por artigo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 270-319.

NOZICK, R. *Anarchy, state and utopia*. Oxford, Blackwell, 1974.

PAIVA, Luiz Fernando Valente de. (coord.). *Direito Falimentar e a nova lei de falências e Recuperação de empresas*. São Paulo: Quatier Latin, 2005.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coords.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005 – artigo por artigo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 57-143.

PIMENTA, Eduardo Goulart. *Teoria da Empresa em Direito e Economia*. Revista de Direito Público da Economia –RDPE, Belo Horizonte, ano 4, n. 14, abr./jun. 2006. p. 9 – 28.

POSNER, Richard. *El análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

RAMIDOFF, Mário Luiz. *Nova Lei de Falências e o Perfil Ministerial*. Cadernos do Ministério Público do Paraná. Curitiba. v. 8. n. 3. jul./set 2005. p. 1-4.

RAMIDOFF, Mário Luiz. *Convolação da Recuperação Judicial em Falência*. Cadernos do Ministério Público do Paraná. Curitiba. v. 8. n. 4. out./dez 2005. p. 1-8.

REGO, José Márcio; MARQUES, Rosa Maria (coords.) *Economia Brasileira*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 17. e 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v.1

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*, 16. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995. v.2

ROQUE, Sebastião José. *Direito de Recuperação de Empresas*. São Paulo: Ícone, 2005.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Recuperação de empresas e interesse social*. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coords.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005 – artigo por artigo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 43-57.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito como instrumento de transformação social e econômica*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./mar, 2003.

SANTOS, Paulo Penalva *et al.*(coords.). *A nova lei de falências e de recuperação de empresas: Lei nº 11.101/2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SCHWARTZ, Alan. *The law and economics approach to corporate bankruptcy*. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, São Paulo, ano 10, n. 36, abr.-jun/2007. p. 55-80.

SEN, Amartya Kumar. *Sobre ética e economia*; trad. Laura Teixeira Motta; rev. Ricardo Doninelli Mendes. – São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. *Tratado de Direito Falimentar*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SERRA, Catarina. *O novo regime português da insolvência – Uma introdução*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

SMITH, Adam. *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*. 1776. Reimpresso em CAMPBELL, R. H. & SKINNER, A. S. (eds.). Oxford, Clarendon Press.

SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coords.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005 – artigo por artigo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SZTAJN, Rachel. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coords.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005 – artigo por artigo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 219-269.

SZTAJN, Rachel; Décio, ZYLBERSZTAJN (orgs.). *Direito e Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

TAVARES, Maria Conceição. *Acumulação de capital e industrialização no Brasil*. Rio de Janeiro: Mimeo., 1975

TAVARES, Maria Conceição. *Ciclo e crise: o movimento recente da industrialização brasileira*. Rio de Janeiro: Mimeo, 1978.

TEBET, Ramez. Lei de Recuperação de empresas – íntegra da publicação. Conforme texto obtido junto ao endereço eletrônico <http://www.senado.gov.br/web/senador/ramez/ramez.htm>. Acesso em 20/07/2008.

THALER, Richard. *Homer Simpson somos nós*. Disponível em: [http://veja.abril.com.br/160408/p\\_078.shtml](http://veja.abril.com.br/160408/p_078.shtml). Acesso em 20/08/2008.

THE WORLD BANK, abril, 2001. [www.worldbank.org/gild](http://www.worldbank.org/gild). In: Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro. São Paulo: Malheiros, Ano XL, n. 122, abr/jun, 2001.

VALLADÃO, Erasmo; N. França. *Da assembléia-geral de credores*. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coords.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005 – artigo por artigo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 186-218.

VALVERDE, Trajano Miranda. *Comentários à lei de falências*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense. vol. IV.